

**IDP – INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO
MESTRADO EM DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS**

IVAN KAMINSKI DO NASCIMENTO

**SÚMULA 331 DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO
(terceirização de mão de obra): lógica argumentativa com base em
Stephen E. Toulmin.**

**BRASÍLIA
2017**

IVAN KAMINSKI DO NASCIMENTO

**SÚMULA 331 DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO
(terceirização de mão de obra): lógica argumentativa com base em
Stephen E. Toulmin.**

Dissertação apresentada como pré-requisito parcial para conclusão do curso de Especialização *stricto sensu* em Direito Constitucional.

Orientadora: Prof.^a Dr.^a Júlia Ximenes

BRASÍLIA
2017

IVAN KAMINSKI DO NASCIMENTO

**SÚMULA 331 DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO
(terceirização de mão de obra): lógica argumentativa com base em
Stephen E. Toulmin.**

Esta dissertação foi julgada adequada à obtenção do grau de mestre em Direito Constitucional e aprovada em sua forma final pelo curso de especialização *stricto sensu* em Direito Constitucional.

Data de Aprovação:

Prof^a. Dr^a. Júlia Ximenes
IDP – Instituto Brasiliense de Direito Público

AGRADECIMENTOS

Agradeço à minha esposa Cristiane, pela compreensão, aos professores, em especial à professora Júlia Ximenes pela disponibilidade e dicas sempre valiosas, ao professor Roberto Freitas pelos apontamentos sempre desafiadores, aos colegas do mestrado, pelos instigantes debates e críticas, a empresa onde trabalho e aos colegas, em especial aos amigos Graziella e Régis pela contribuição e apoio.

RESUMO

O presente trabalho está dividido em quatro partes. Na primeira há uma explicação sobre a força normativa da Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho (TST) que trata da terceirização de mão de obra e sua repercussão na sociedade organizada. Na segunda parte é feita uma análise quantitativa envolvendo as seguintes palavras chave: livre iniciativa, valor social do trabalho, atividade-meio e atividade-fim. Esta análise é realizada com base na MAD – Metodologia de Análise de Decisões Judiciais. Na terceira parte é apresentada a teoria argumentativa de Stephen E. Toulmin, sua racionalidade e lógica. Na quarta e última parte é realizada uma crítica da Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho em referência sob a perspectiva de Stephen E. Toulmin, tendo como base o esquema de análise estabelecido pelo autor no seu livro intitulado “Os usos do Argumento”. Nesta análise nos utilizamos das conclusões extraídas dos capítulos anteriores, principalmente do capítulo II, a fim de identificar a coerência e as razões do precedente que estabeleceu a proibição da terceirização de mão de obra em 1984, cujos fundamentos são utilizados como “ponto de partida” para as decisões envolvendo este tema desde então. Nessas análises se busca responder a seguinte questão principal: os argumentos lançados podem ser considerados como argumentos válidos, sólidos, convictos ou fortes? Toulmin oferece um método de análise que visa o aprofundamento e clarificação dos fundamentos utilizados pelo Tribunal. Através desse método pretende-se demonstrar a ausência de bons fundamentos que justifiquem a proibição da terceirização de mão de obra. Conclui-se, ao final, que as “boas razões” do Tribunal não servem para justificar a proibição e nem ao menos serviram para justificar as exceções estabelecidas, mas servem para indicar uma necessidade de reavaliação das premissas que serviram de “ponto de partida” para a proibição da terceirização.

Palavras-chave: Terceirização de mão de obra. Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho (TST). Toulmin. MAD. Argumentação jurídica.

ABSTRACT

This paper is divided into four parts. In the first, there is an explanation of the normative force of the Supreme Court of Labor's Precedent 331 (TST), which deals with the outsourcing of labor and its repercussion in the organized society. In the second part, a quantitative analysis is carried out involving the following keywords: free initiative, social value of work, activity-means and activity-end. This analysis is carried out based on MAD - Judicial Decision Analysis Methodology. In the third part the argumentative theory of Stephen E. Toulmin, its rationality and logic are presented. The last and fourth presents a critique of the Precedent Supreme Court of Labor's Precedent 331 in reference from the perspective of Stephen E. Toulmin, based on the scheme of analysis established by the author in his book entitled "The Uses of Arguments." In this analysis, we use the conclusions drawn from the previous chapters, mainly from chapter 2, to identify the coherence and the reasons for the precedent that established the prohibition of outsourcing of labor in 1984, whose foundations are used as a "starting point" for decisions on this topic since then. In these analyzes, we aim to answer the following main question: can the arguments put forward be considered as valid, solid, convincing or strong arguments? Toulmin offers a method of analysis that seeks to deepen and clarify the grounds used by the Court. Through this method we try to demonstrate the absence of good grounds that justify the prohibition of the outsourcing of labor. In conclusion, the Court's "good reasons" do not serve to justify the prohibition or to justify the exceptions established, but serve to indicate a need to re-evaluate the premises that served as a "starting point" to prohibit outsourcing.

Keywords: Outsourcing. TST Precedent n° 331. Toulmin. MAD. Legal Argumentation.

Sumário

INTRODUÇÃO.....	8
1. FORÇA NORMATIVA DA SÚMULA 331 DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO (TST).....	13
2. ANÁLISE DOS PRECEDENTES DA SUMULA nº 331 DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO (TST).....	28
2.1 Análise dos precedentes – MAD.....	28
2.1.1 Do item I da súmula 331 do TST.....	33
2.1.2 Do item II da súmula 331 do TST.....	34
2.1.3 Do item III da súmula 331 do TST.....	36
2.1.4 Do item IV da sumula 331 do TST.....	41
2.1.5 Do item V da sumula 331 do TST.....	46
2.1.6 Do item VI da súmula 331 do TST.....	53
2.2. Análise Quantitativa	58
3. ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA – TOULMIN.....	64
4. DO PROCESSO DE ANÁLISE DE TOULMIN.....	81
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	138
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	141

INTRODUÇÃO

O Tribunal Superior do Trabalho (TST) consolidou (antiga Súmula nº 256 e atual Súmula nº 331) em 1984 uma proibição legal¹: proibia-se a terceirização de mão de obra. Naquele momento houve uma proibição total da terceirização de mão de obra, com a proibição da terceirização em todas as suas formas.

Com o passar do tempo, ou seja, com a mudança gradativa do entendimento dado em 1984², ocorreu certa relativização daquele entendimento inicial (1984) para se admitir a terceirização em determinadas situações.

Atualmente, prevê a Súmula 331 do TST que a contratação de trabalhadores por empresa interposta (terceirização) é ilegal e quando ocorre deve ser descaracterizada, acarretando a formação de vínculo de emprego diretamente com o tomador de serviços³. Há algumas exceções na Súmula em que se admite a terceirização, dentre elas, a Lei 6.019/74 de contratos temporários, os órgãos da administração pública, direta, indireta e fundacional (estes estariam autorizados legalmente) e as atividades-meio do tomador, desde que não haja pessoalidade e subordinação direta, com proibição de terceirização da atividade-fim da empresa tomadora do serviço. A própria Súmula dá alguns exemplos de atividades meio:

¹ Entendeu que a legislação como um todo, ainda que não houvesse uma proibição expressa, impedia a liberalização da terceirização.

² Conforme será demonstrado na análise dos precedentes.

³ Súmula nº 331 do TST CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (nova redação do item IV e inseridos os itens V e VI à redação) - Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011

I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974).

II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988).

III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

VI - A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral.

serviços de vigilância e conservação e limpeza, desde que estes não sejam a atividade-fim da empresa.

Na primeira abordagem, explicaremos a força normativa do TST e conseqüentemente da Súmula 331 e alguns principais debates sociais, tanto no legislativo como no Supremo Tribunal Federal (STF) sobre o tema, tal como sua influência em Sindicatos, tanto patronais quanto laborais.

Não há Lei que defina o que é atividade-meio e nem o que é atividade-fim, nem ao menos há Lei que indique como ilegal a contratação de empresas interpostas. Houve, portanto, a criação de uma regra para regulamentar os casos concretos de terceirização, esta admitida nas atividades-meio e proibida nas atividades-fim. Mas afinal, o que o TST quis dizer com atividade-meio e atividade-fim? O que o contexto decisório envolvendo os precedentes dizem sobre isso?

Além disso, a discussão sobre a legalidade da terceirização esbarra em aspectos constitucionais, os fundamentos da livre iniciativa e do valor social do trabalho⁴.

São princípios norteadores, fundamentais da Constituição Federal, relevantes para o atingimento dos objetivos sociais. São, porém, abstratos, dependentes de previsões legais instrumentais, que possibilitem a aplicação desses princípios.

Na segunda abordagem haverá análise do contexto decisório envolvendo a referida súmula. Para tanto, será utilizada a MAD – Metodologia de Análise de Decisões⁵ (esta metodologia será explicada no Capítulo II) a ser aplicada sobre todos os precedentes da Súmula 331 do TST que fazem menção a alguma das expressões que serão consideradas chave: valor social do trabalho, livre iniciativa, atividade-meio e atividade-fim. O resultado será, neste momento, uma análise quantitativa sobre quantas vezes o TST analisou a livre iniciativa, o valor social do

⁴ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

⁵ FREITAS FILHO, Roberto e LIMA, Thalita Moraes. Metodologia de Análise de Decisões – MAD, 2010. Disponível em:

<<http://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/index.php/jus/article/viewFile/1206/1149>>. Acesso em 01 de maio 2016 às 12:11.

trabalho, as atividades-meio e atividades-fim e o que o TST considerou como atividade-meio e o que considerou como atividade-fim, livre iniciativa e valor social do trabalho.

Essa análise ocorrerá no segundo capítulo e visa a identificação do contexto decisório e o que o TST considerou, nos precedentes, como atividade-fim e atividade-meio, quando essas expressões foram mencionadas, a fim de identificar o que o TST quis dizer quando se referiu à atividade-fim e atividade-meio.

Nessa metodologia, pretende-se extrair também, quantas vezes o TST fundamentou, analisou ou se referiu à livre iniciativa e ao valor social do trabalho.

Trata-se de uma análise principalmente quantitativa, importante para verificação do contexto decisório ou estrutura argumentativa. A escolha das expressões chave ocorreu porque a terceirização envolve, evidentemente, o trabalhador e a economia, mais especificamente: a vulnerabilidade do empregado e a eficiência econômica, ou seja, o valor social do trabalho e a livre iniciativa. Sobre esta, destacam-se as conotações⁶:

A liberdade de iniciativa garantida constitucionalmente não se restringe à liberdade de iniciativa econômica, sendo esta apenas uma de suas dimensões. A livre iniciativa de que fala a Constituição há de ser, realmente, entendida em seu sentido amplo, compreendendo não apenas a liberdade econômica, ou liberdade de desenvolvimento de empresa, mas englobando e assumindo todas as demais formas de organização econômicas, individuais ou coletivas, como a cooperativa, e a própria liberdade contratual e comercial.

Portanto, a livre iniciativa possui conotação tanto negativa quanto positiva, garantindo a não intervenção estatal no seu conteúdo mínimo, combinando-se liberdade de trabalho garantida a qualquer cidadão.

Já o valor social do trabalho se refere aos postulados do bem-estar social, justiça social, segurança, dignidade da pessoa humana, sendo, também, um objetivo da vida econômica⁷.

Nesse sentido, tanto o princípio da livre iniciativa quanto o princípio do valor social do trabalho são direcionadores normativos e devem ser considerados em uma

⁶ TAVARES, André Ramos. Direito Constitucional Econômico. 3ª ed. São Paulo: Método, 2011, p. 235.

⁷ DELGADO, Maurício Godinho. Tratado Jurisprudencial de Direito Constitucional do Trabalho. 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013 – Vol. I, p. 121.

decisão envolvendo-os. Diante disso, houve análise desses fundamentos pelo TST ao longo dos anos? O que o TST considerou para aplicação da livre iniciativa e o que o TST considerou para aplicação do valor social do trabalho? Pretende-se responder a essas questões na análise do segundo capítulo. Justamente a partir da relevância do tema atualmente conforme será demonstrado no Capítulo I, em que se explorará a força normativa da Súmula 331.

No terceiro capítulo será apresentada a teoria de análise argumentativa sob a perspectiva de Stephen E. Toulmin⁸, através de um esquema de análise de decisões estabelecido pelo autor com base em seu principal livro sobre lógica decisória: os usos do argumento. Serão consideradas, ainda, interpretações sobre a lógica decisória de Toulmin dadas por autores renomados na linha de estudos envolvendo argumentação jurídica: Robert Alexy⁹ e Manuel Atienza¹⁰.

Após a demonstração da força normativa da Súmula 331 no primeiro capítulo, análise do contexto decisório no segundo (MAD) e apresentação da teoria argumentativa do marco teórico no terceiro capítulo, será avaliada, no quarto capítulo, a lógica decisória do primeiro precedente, considerado o ponto inicial a partir do qual surgiram as variações a serem identificadas na primeira análise. Pretende-se responder ao problema se os precedentes e os fundamentos dados nos precedentes são lógicos e coerentes. A análise conterà os principais aspectos da obra do autor: respaldo, garantia, razões, questões de qualificação, refutação e conclusão¹¹.

As garantias extraídas do principal precedente, que estabeleceu uma proibição à terceirização, serão objeto de análise uma a uma, com o objetivo de se explorar com detalhes as premissas teóricas que estabeleceram essa proibição. Quando ocorrer menção de precedentes dos Tribunais Regionais ou replicação destes com utilização dos mesmos fundamentos, serão analisados os fundamentos dados por esses Tribunais.

⁸ TOULMIN, Stephen Edelston. Os usos do argumento. Tradução de Reinaldo Guarany. 2ª ed. – São Paulo : Martins Fontes, 2006, Prefácio, 1ª edição.

⁹ ALEXY, Robert. Teoria da Argumentação Jurídica: teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva. 3ª Ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2013.

¹⁰ ATIENZA, Manoel. As razões do direito: teorias da argumentação jurídica. São Paulo: Landy, 2003.

¹¹ TOULMIN, Stephen E. Os usos do argumento. Trad. Reinaldo Guarany. 2. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

O esquema de Toulmin possibilita análise da coerência interna da decisão. Não significa, com isso, que a análise estará restrita a coerência interna apenas dos precedentes analisados no segundo capítulo. Essa coerência interna¹² admite análise sob o aspecto moral ou jurídico positivo vigente na sociedade. Não significa, também, que nos utilizaremos de teorias como o conceito de integridade do direito¹³, coerência de normas para uma adequação moral¹⁴ ou coerência envolvendo princípios e analogias¹⁵. A análise da coerência ficará restrita à lógica e será devidamente explicitada no capítulo III. Pode-se adiantar, porém, que se trata de uma coerência construtivista¹⁶ próxima a um realismo que admite limitações do sujeito cognoscente na análise empírica, aproximando-se de uma coerência narrativa¹⁷.

Pretende-se, ao final, realizar uma compatibilização das análises do segundo capítulo com a do quarto, visando a identificação das premissas, conceitos, coerência, razões, exceções, presunções, dados e evoluções conceituais que levaram o Tribunal a seguinte conclusão: não pode haver terceirização de mão de obra. Isto a fim de demonstrar a hipótese de ausência de “boas razões” que justifiquem essa proibição.

¹² Há autores que consideram a coerência uma retórica em face da indeterminação do Direito e o caráter político da administração da justiça como, por exemplo, o movimento *CLS - Critical Legal Studies* (representantes proeminentes: Duncan Kennedy e Roberto Mangabeira Unger). Sobre isto: FREITAS FILHO, Roberto. Estudos Jurídicos Críticos (CLS) e coerência das decisões. Disponível em <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/140237/Ril175%20%20Roberto%20F%20Fillho.pdf>. Acesso em 12 de outubro 2016. Não entraremos no debate envolvendo as formas de análise da coerência, apenas nos ateremos à proposta de Toulmin sobre a lógica na análise argumentativa.

¹³ DWORKIN, Ronald. O império do direito. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 271 a 331.

¹⁴ GUINTER, Klaus. Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação. Tradução Claudio Molz. São Paulo: Landy Editora, 2004, p. 299 a 349.

¹⁵ MACCORMICK, Neil. Argumentação jurídica e teoria do direito. Tradução Waldea Barcellos. 2ª Edição – São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 197 a 255.

¹⁶ ARIZA, Rafael Porlan; HARRES, João Batista Siqueira. A epistemologia evolucionista de Stephen Toulmin e o ensino de ciências. Caderno Brasileiro de Ensino de Física, Florianópolis, p. 70-83, jan. 2002. ISSN 2175-7941. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/fisica/article/view/10055>. Acesso em: 30 nov. 2016, p. 71.

¹⁷ Considerar provado determinado fato e verificar se há todas as informações necessárias ou há questões de refutação a serem consideradas e/ou os fatos são presumidos.

1. FORÇA NORMATIVA DA SÚMULA 331 DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO (TST)

A Súmula 331 do TST estabelece uma regra proibindo a terceirização de mão de obra. Esta proibição foi finalmente consolidada em 1984 na análise do Incidente de Uniformização Jurisprudencial 3442/1984 em que se estabeleceu que a terceirização é ilegal. Desde então, essa regra tem sido aplicada nos Tribunais Trabalhistas, reconhecida e debatida no Congresso Nacional, aplicada por Órgãos de fiscalização e reconhecidas pela sociedade, representada por entidades sindicais e patronais.

O TST é o tribunal competente para analisar controvérsias trabalhistas conforme previsto na Constituição Federal do Brasil (CFB)¹⁸ e na Consolidação de Leis Trabalhistas (CLT)¹⁹.

Não há nenhum dispositivo de lei que estabeleça a proibição de terceirização, tal proibição ocorre por conta da Súmula em referência. Pode-se dizer que a norma jurídica sucumbiu à norma real²⁰, estabelecida no Tribunal Superior do Trabalho por meio dessa súmula.

Nesse sentido, destaca-se uma dupla tese de natureza jurídica: uma dimensão real ou autorizadora e uma dimensão ideal ou crítica, o que pode nos levar a uma relação entre moral e direito envolvendo o positivismo e o não positivismo²¹.

¹⁸ Art. 111-A. O Tribunal Superior do Trabalho compor-se-á de vinte e sete Ministros, escolhidos dentre brasileiros com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos, nomeados pelo Presidente da República após aprovação pela maioria absoluta do Senado Federal, sendo: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

I um quinto dentre advogados com mais de dez anos de efetiva atividade profissional e membros do Ministério Público do Trabalho com mais de dez anos de efetivo exercício, observado o disposto no art. 94; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

II os demais dentre juízes dos Tribunais Regionais do Trabalho, oriundos da magistratura da carreira, indicados pelo próprio Tribunal Superior. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

§ 1º A lei disporá sobre a competência do Tribunal Superior do Trabalho (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

¹⁹ Art. 690 - O Tribunal Superior do Trabalho, com sede na Capital da República e jurisdição em todo o território nacional, é a instância suprema da Justiça do Trabalho.

²⁰ Isso diante da ausência de proibição legal. Estamos nos referindo aqui em ausência de proibição direta tal como estabelecida na própria súmula, sem considerar a possibilidade de uma interpretação da legislação e princípios vigentes que acarretem tal proibição.

²¹ ALEXY, Robert... [at al.]. Dignidade humana, direitos sociais e não-positivismo inclusivo. 1ª Ed. Florianópolis: Qualis, 2015, p. 303.

Desse modo, a consciência geral da proibição não envolve uma norma (no sentido de proibição direta, conforme já mencionado) especificamente, mas a realidade trazida pela jurisprudência do Órgão competente para analisar questões sobre relações de trabalho²². Não se trata, portanto, da qualificação de uma Lei como inconstitucional ou como injusta, mas do estabelecimento de uma regra considerada legal e justa na compatibilização de princípios constitucionais tendo como ponto de partida fatos sociais ou a prática calcada na dinâmica empresarial de terceirizar²³.

Entre a liberação e a proibição da terceirização há uma evidente tensão, tanto no aspecto social²⁴, econômico²⁵, psicológico²⁶, administrativo²⁷, quanto no aspecto jurídico. Isto porque a terceirização está vinculada à divisão do trabalho, especialização, desagregação, cooperação, capacidades produtivas inferiores e superiores, diversificação, variedade e qualidade de produtos e serviços, ou seja, com envolvimento de aspectos sociais amplos.

Alguns debates envolvem reduções salariais, condições piores de trabalho, menos controle de itens de segurança do trabalho, exploração ou busca de redução de custos sob oneração excessiva do trabalhador, necessidade de busca de eficiência, ausência de proibição legal expressa, dentre outros.

Em face disso, um posicionamento definitivo entre a proibição e a liberação, tal como a necessidade de limites ou não, revela-se deveras difícil, principalmente por essa multidisciplinariedade envolvida.

Porém, é um tema relevante que precisa ser explorado e debatido, a fim de se obter as razões que levaram o Tribunal a proibir a terceirização, seja pela complexidade inerente às relações sociais, com diversas variáveis, seja pela existência de regras que regulamentam essa atividade²⁸.

²² A competência para julgar litígios envolvendo relações de trabalho foi estabelecida pela Emenda Constitucional 45, antes disso a competência era apenas para analisar as relações de emprego.

²³ DELGADO, Gabriela Neves. AMORIM, Helder Santos. Os limites constitucionais da terceirização. 2ª Ed. São Paulo: LTr, 2015, p. 31.

²⁴ A terceirização também é chamada de “precarização” do trabalho em diversos meios.

²⁵ Não há, em um primeiro momento, sob o prisma econômico, motivos para restrição total da terceirização, considerando a possibilidade de redução de custos.

²⁶ Considerando o aspecto psicológico dos empregados terceirizados.

²⁷ Considerando a autonomia de organização do gestor do negócio.

²⁸ Segue notícia veiculada no Jornal Folha de São Paulo sobre a intenção do Governo do Presidente Michel Temer de acelerar a regulamentação da terceirização. A reportagem aponta argumentos contra e a favor, além de atos contra: <http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2016/06/1782556->

A Súmula 331 procurou retratar um “pacto compromissório constitucional entre capital e trabalho”, compatibilizando liberdade de contratação com compromisso social das empresas na utilização do trabalho²⁹.

Trata-se de uma regra que possui fundamento e força³⁰, servindo de subsídio para inúmeras decisões de tribunais regionais que se utilizam do referencial estabelecido nas consolidações jurisprudenciais do Tribunal Superior do Trabalho.

A jurisprudência consolidada nas súmulas traduz reiteradas interpretações e a partir da consolidação, passa a influenciar decisões dos Tribunais e ações de outros órgãos. Com isso, há “indissimulável papel jurígeno (criador do direito) nessa jurisprudência.”³¹

O Verbete 331, como criador de uma norma, referenciado por decisões reiteradas pelos tribunais regionais do trabalho, ganhou autoridade de “atos-regra” no âmbito da ordem jurídica, se afirmando como um preceito geral, impessoal, abstrato e válido para o futuro³².

Tal diretriz jurisprudencial, embora não prevista legalmente, considerando o princípio da reserva legal (ausência de norma oriunda do Legislativo), possui inegável força normativa³³.

O significado dessa ordenação, ou seja, dessa norma criada na realidade jurídica, é inseparável do contexto. Se se considerar apenas a ordenação jurídica, tem-se que a “norma está em vigor ou está derogada”, não há outra possibilidade³⁴.

Neste caso específico, em face da ausência de norma direta que proíba a terceirização de mão de obra, caberá analisar quais os limites e as possibilidades³⁵ de atuação do TST, a fim de identificarmos o alcance da norma estabelecida. Para tanto, exploraremos um pouco o papel desse tribunal, levando-se em conta a investidura da autoridade e a eficácia social da norma³⁶.

governo-temer-quer-acelerar-terceirizacao-de-legislacao-trabalhista.shtml. Acesso em 15 de janeiro de 2017.

²⁹ DELGADO, Gabriela Neves. AMORIM, Helder Santos. Os limites constitucionais da terceirização. 2ª Ed. São Paulo: LTr, 2015, p. 31.

³⁰ No sentido de eficácia.

³¹ DELGADO, Maurício Godinho. Curso de direito do trabalho. 14ª Ed. São Paulo: LTr, 2015, p. 174.

³² *Ibid.*, op. Cit., p. 174.

³³ *Ibid.*, op. Cit., p. 175.

³⁴ HESSE, Konrad. A Força Normativa da Constituição. Porto alegre, Ed. Sergio Antonio Fabris 1991, p. 13.

³⁵ *Ibid.*, op. Cit., p. 13.

³⁶ ALEXY, Robert... [et al.]. Dignidade humana, direitos sociais e não-positivismo inclusivo. 1ª Ed. Florianópolis: Qualis, 2015, p. 304.

A institucionalização do Direito do Trabalho teve início em 1930 e se firmou como novo modelo em meados de 1945, mantendo seus efeitos quase que inalterados até a Constituição de 1988³⁷.

A Constituição de 1934 continha previsão da Justiça do Trabalho, porém, essa não chegou a ser criada por lei. Isto foi repetido na Constituição de 1937 e finalmente em 1941 a Justiça do Trabalho foi instalada como parte da Administração Federal, com vinculação ao Ministério do Trabalho³⁸.

O Judiciário Trabalhista ou a Justiça do Trabalho somente foi incluída no segmento judiciário pela Constituição de 1946. A partir de então todo o sistema, já aperfeiçoado por regulamentos (p. ex. Decreto-Lei nº 1.237/39), seria efetivamente regulamentado³⁹.

Diversos diplomas trabalhistas foram lançados na época, dentre eles a regulamentação do trabalho feminino, fixação de jornada de 8 horas para determinadas profissões, estabelecimento de férias para bancários, dentre outros, até que houve uma estruturação desses diversos diplomas esparsos em um único diploma: a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) que, além de consolidar normas anteriores, também inovou, ampliou e alterou questões trabalhistas⁴⁰.

Essa estrutura trabalhista estabelecida na CLT se manteve com poucas alterações até a transição democrática ocorrida com a Constituição de 1988⁴¹.

A CF/88 conferiu um novo *status* ao Direito do Trabalho acentuando a sua força e projeção com princípios, normas e institutos jurídicos que asseguraram liberdades sindicais, negociação coletiva, expansão da Justiça do Trabalho com novas estruturas e atribuições visando trazer efetividade a esse ramo. Também houve valorização de ações coletivas, tanto pelos sindicatos quanto pelo ministério público e dispositivos garantidores de direitos trabalhistas individuais.

Houve, na CF/88, o reconhecimento de um “conjunto heterogêneo e abrangente de direitos”, possivelmente com *status* de direitos fundamentais⁴²,

³⁷ DELGADO, Maurício Godinho. Curso de direito do trabalho. 14ª Ed. São Paulo: LTr, 2015, p. 114.

³⁸ SUSSEKIND, Arnaldo. Direito Constitucional do trabalho. 4ª Edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 37.

³⁹ DELGADO, Maurício Godinho. Curso de direito do trabalho. 14ª Ed. São Paulo: LTr, 2015, p. 115.

⁴⁰ *Ibid.*, op. Cit., p. 116.

⁴¹ *Ibid.*, op. Cit., p. 118.

⁴² A expressão “possivelmente” é empregada considerando a existência de autores que negam a característica de direitos fundamentais aos direitos sociais. SARLET, Ingo Wolfgang... [at al.].

tratando-se de direitos sociais, seja por sua essência, seja por expressa inserção dos direitos do trabalho no capítulo dos direitos sociais da Constituição Federal⁴³.

Nos utilizaremos da premissa de que os direitos sociais do trabalho previstos na CF/88 são direitos fundamentais, tendo em vista a necessidade de patamares mínimos de existência, convivência social e condições para uma vida digna, ainda que esse patamar mínimo não possa ser vinculado exclusivamente ao texto positivo, em que pese haver necessidade de respeito as peculiaridades deste⁴⁴.

Nesse caso, seriam direitos e garantias voltados à proteção e o próprio texto positivo pode oferecer subsídios e parâmetros para interpretação e construção de “uma ponte de reconhecimento objetivo, por meio de exercício interpretativo”, a exemplo da Constituição alemã com relação a direitos sociais da gestante, para se considerar os direitos sociais do trabalho como fundamentais⁴⁵.

Essa premissa nos remete à ideia de um núcleo essencial ou último reduto de garantia em desfavor de leis e outras medidas restritivas de direitos⁴⁶. Não é objetivo deste trabalho analisar a essência, de determinar ou analisar como se determinar o núcleo essencial envolvendo os direitos sociais trabalhistas, ou seja, não é o objetivo deste trabalho a discussão da premissa se os direitos sociais do trabalho previstos na Constituição de 1988 são direitos fundamentais. Fato é que esses direitos estão previstos na Carta Magna e isto, por si só, já demonstra que foi dada importante relevância a esses direitos e garantias. E, conseqüentemente, a

Diálogos entre o direito do trabalho e o direito constitucional: estudos em homenagem a Rosa Maria Weber. São Paulo, Saraiva, 2014, Série IDP, p. 20.

⁴³ ALEXY, Robert... [at al.]. Dignidade humana, direitos sociais e não-positivismo inclusivo. 1ª Ed. Florianópolis: Qualis, 2015, p. 195.

⁴⁴ SARLET, Ingo Wolfgang... [at al.]. Diálogos entre o direito do trabalho e o direito constitucional: estudos em homenagem a Rosa Maria Weber. São Paulo, Saraiva, 2014, Série IDP p. 22.(...)Com efeito, ao se empreender uma tentativa de definição dos direitos sociais adequada ao perfil constitucional brasileiro, percebe-se que é preciso levar em conta as peculiaridades do direito constitucional positivo, revelando que o qualitativo de social não está exclusivamente(!) vinculado a uma atuação positiva do Estado na promoção e na garantia de proteção e segurança social, como instrumento de compensação de desigualdades fáticas manifestas e modo de assegurar (por meio de prestações materiais, como saúde, educação, alimentação, moradia, lazer assistência e previdência social) um patamar pelo menos mínimo de condições para uma vida digna, o que, por sua vez, nos remete ao problema do conteúdo dos direitos sociais e de sua própria condição de direitos fundamentais.

⁴⁵ SARLET, Ingo Wolfgang... [at al.]. Diálogos entre o direito do trabalho e o direito constitucional: estudos em homenagem a Rosa Maria Weber. São Paulo, Saraiva, 2014, Série IDP, p. 22.

⁴⁶ Sobre a ideia de núcleo essencial: CANOTILHO, J.J. Gomes... [at al.]. Direitos fundamentais sociais. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 25 a 31.

definição sobre a forma como efetivá-los deve ser calcada na coerência, transparência e responsabilidade, com adequada fundamentação⁴⁷.

Para garantia dos direitos do trabalho houve estruturação da Justiça do Trabalho. O TST surgiu em 1946 quando houve a incorporação da Justiça do Trabalho no segmento judiciário, mas a Constituição de 1967/69 foi a que definiu a composição do Tribunal Superior do Trabalho e tribunais regionais e limitou os recursos ao Supremo somente para os casos em que houvesse contrariedade à Constituição Federal⁴⁸.

Na Constituição de 67 foi estabelecida a composição do TST com 17 ministros (06 acima do estabelecido anteriormente por Decreto-Lei). O texto original da Constituição Federal de 88 previu 27 ministros⁴⁹, mas foi reestabelecida a composição da Constituição de 1967 com a Emenda 24/99.

Com a Emenda Constitucional 45/2004 foi reestabelecida a composição original da CF/88 de 27 ministros. Sua competência é estabelecida pela Lei nº 7.701/88 que divide o Órgão em pleno, seções de dissídios individuais, seções de dissídios coletivos e turmas, sendo que o pleno funciona com no mínimo 11 ministros⁵⁰.

Em termos práticos de competência do Tribunal Superior do Trabalho, essa centraliza-se e se materializa no recurso de revista, este destinado “a aferir eventual negativa de vigência do direito federal e uniformizar a jurisprudência”⁵¹ dos Tribunais Regionais do Trabalho. Trata-se de uma instância extraordinária que visa garantir o respeito à Constituição Federal (que tem como guardião máximo o STF), às leis federais e a uniformização da jurisprudência em todo território nacional.

⁴⁷ FREITAS FILHO, Roberto. Estudos Jurídicos Críticos (CLS) e coerência das decisões. Disponível em <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/140237/Ril175%20%20Roberto%20F%20Fillho.pdf>. Acesso em 12 de outubro 2016, p. 43.

⁴⁸ SUSSEKIND, Arnaldo. Direito Constitucional do trabalho. 4ª Edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 37.

⁴⁹ MARTINS, Sergio Pinto. Direito processual do trabalho: doutrina e prática forense. 23ª Ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 116.

⁵⁰ *Ibid.*, *op. Cit.*, p. 118.

⁵¹ MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade. 4ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 987.

O recurso de revista possui características semelhantes ao recurso extraordinário e o recurso especial em face do caráter extraordinário envolvido, diante desse caráter, não vai fazer um reexame geral, são eles⁵²:

- a) Vedação de reexame de matéria fático-probatória (só se discute matéria de direito);
- b) Requisito do prequestionamento (manifestação explícita da Corte inferior sobre a matéria que se pretende ver reexaminada);
- c) Preenchimento de pressupostos especiais de admissibilidade (ofensa direta à Constituição ou lei federal ou divergência jurisprudencial entre Tribunais Regionais do Trabalho, de súmula ou decisões da SDI);

Essas características permitem apenas análise de questões excepcionais pelo TST, sendo que qualquer decisão dos Tribunais Regionais que ratifique o teor da Súmula 331 dificilmente será analisada pelo TST, tendo em vista essa excepcionalidade, o que favorece sua manutenção. Ao contrário, decisões que confrontem a súmula em referência preenchem o requisito de “divergência jurisprudencial”, importante requisito para subsidiar reanálise de decisões dos tribunais regionais, o que favorece a manutenção do entendimento jurisprudencial.

Destaca-se, ainda, o critério de transcendência⁵³ como requisito processual de admissibilidade em causas que extrapolam o mero interesse individual e se relacionam com questões de natureza econômica, política, social ou jurídica. Este critério é um juízo discricionário de deliberação do recurso de revista que atribui exclusivamente ao tribunal a discricionariedade na seleção das causas que julgará.⁵⁴

Nessa situação, os parâmetros processuais restringem a admissibilidade de recursos extraordinários e favorecem a manutenção de entendimentos já consolidados e incrementam a força normativa da súmula.

Houve grandes alterações na competência da Justiça do Trabalho com o advento da Emenda Constitucional nº 45/2004. Nessa emenda a competência foi significativamente aumentada para que o tribunal passasse a julgar questões envolvendo relações de trabalho e não mais relações somente de emprego. Porém, as decisões do TST continuaram irrecorríveis, comportando apenas duas exceções, sendo a principal a decisão que contrarie a Constituição Federal ou declare a

⁵² CANOTILHO, J.J. Gomes... [at al.]. Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 1479.

⁵³ Esse critério de análise ainda não foi regulamentado pelo TST no Regimento Interno, porém, já está previsto no artigo 896-A da CLT como requisito que demanda análise prévia.

⁵⁴ CANOTILHO, J.J. Gomes... [at al.]. Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 1480.

inconstitucionalidade de Lei Federal ou Tratado, situação em que caberá recurso extraordinário ao Supremo Tribunal Federal (STF)⁵⁵.

Não há indicação imediata na Constituição Federal da competência do TST e isto possibilita interpretação sistemática constitucional para se extrair o perfil da corte trabalhista⁵⁶. Esta situação favorece a definição da competência pela jurisprudência.

Além das esferas do Judiciário, no Congresso Nacional está em debate um projeto de lei (PL 4330/2004) para regulamentar a terceirização de mão de obra. A fim de destacar a força normativa da Súmula em debate, cumpre expor alguns pontos de discussão no referido projeto. Na justificativa do projeto o deputado responsável ponderou que a legislação trabalhista ignora o fenômeno da terceirização⁵⁷:

No Brasil, a legislação foi verdadeiramente atropelada pela realidade. Ao tentar, de maneira míope, proteger os trabalhadores simplesmente ignorando a terceirização, conseguiu apenas deixar mais vulneráveis os brasileiros que trabalham sob essa modalidade de contratação.

No parecer da Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados o papel do TST tal como a influência da Súmula na regulamentação da matéria ficou mais evidente⁵⁸:

(...) No Brasil, é notória a falta de um marco legislativo que discipline a matéria. Tal deficiência ensejou que a jurisprudência trabalhista formatasse, através da Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho (TST) (...) Em que pese a inegável importância que esta Súmula nº 331 tem desempenhado para dirimir conflitos entre tomadores de serviço, empresas terceirizadas e seus empregados, há de reconhecer-se que a importância do assunto enseja uma legislação mais completa, capaz de abranger todas as idiosincrasias que o tema suscita.

Por tratar-se a terceirização de tema que nunca mereceu do Parlamento brasileiro uma legislação específica, cumpre preliminarmente fixar quais ditames constitucionais lhes são afeitos, para podermos então delimitar a reserva legislativa que o Congresso Nacional deverá preencher através de lei ordinária.

Ainda que a nossa Carta Magna não trate com especificidade da matéria, sabemos que a mesma está vinculada a princípios de natureza constitucional que envolvem a dignidade da pessoa humana, nesse caso

⁵⁵ *Ibid.*, *op. Cit.*, p. 989

⁵⁶ *Ibid.*, *op. Cit.*, p. 1478.

⁵⁷ <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=267841>. Acesso em 19.12.2016.

⁵⁸ <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=569912>. Acesso em 19.12.2016.

muito diretamente relacionada aos direitos dos trabalhadores; bem como à liberdade de empreender e de contratar, princípios diretamente relacionados ao modelo da ordem econômica liberal adotada no Brasil.

Os princípios constitucionais, muitas vezes, são concorrentes entre si (...) podemos dizer que o tema central do debate acerca da matéria está na fixação dos limites ou dos requisitos fixados para a prática da terceirização. A Súmula nº 331 do TST utiliza as expressões atividade-meio e atividade-fim como critério capaz de definir aquilo que pode e o que não pode ser terceirizado. Assim sendo, cumpre inicialmente analisarmos a viabilidade da utilização dos referidos vocábulos.

Sendo uma súmula o resumo de um conjunto de decisões judiciais tomadas no mesmo sentido, não seria pertinente que apresentasse uma definição do que seja atividade-meio e fim, muito menos criasse uma lista *numerus clausus* que abrangesse todas as hipóteses de cada atividade abrangesse todas as hipóteses de cada atividade produtiva, distinguindo, para cada uma, aquilo que seria de qualidade finalística ou não. Assim, os vocábulos “meio” e “fim” foram trazidos ao contexto do debate acerca da terceirização desacompanhados de uma definição, mesmo porque a condição de conceito jurídico indeterminado, próprio desses termos, pressupõe imprecisão de difícil superação. (...) a inexatidão da distinção entre atividade-fim e atividade-meio tem resultado em tratamentos diferenciados às empresas por parte do Poder Judiciário, do Ministério Público do Trabalho e da fiscalização do trabalho, atingindo, com frequência, o princípio da isonomia do direito, consagrado na nossa Constituição.

Existem setores que terceirizam partes da sua linha de produção que teoricamente seriam da sua atividade-fim, sem que se tenha notícia de nenhuma ação restritiva. É o caso da linha de produção da indústria automobilística que, seguindo um modelo existente em todo o mundo, utiliza várias empresas trabalhando diretamente na montagem de automóveis, sua atividade-fim. Por outro lado, observamos que outros setores têm sido apenados por terceirizarem etapas interpretadas por esses órgãos como tal. Outras vezes, decisões judiciais divergentes sobre fatos idênticos revelam a fragilidade desta distinção.

Por outro lado, há de se reconhecer a boa intenção destas exigências restritivas à terceirização, constantes da Súmula nº 331. Inegável que reside aí o mérito de se tentar evitar a precarização do trabalho, haja vista que, na atualidade, praticamente não existem requisitos para que uma empresa possa atuar como prestadora de serviço (...).

Com base no parecer, percebe-se a evidente influência da súmula em outras esferas além do Judiciário: Ministério Público do Trabalho e Auditores do Trabalho. Isto ressalta a força normativa envolvendo-a.

Há menção à referida Súmula também em pareceres de outras comissões da Câmara dos Deputados, tal como a Comissão de Desenvolvimento Econômico, Indústria e Comércio, em que houve referência para destacar a consolidação de termos oriundos do enunciado, como atividade-meio e atividade-fim dizendo que “as expressões atividade “fim” e “meio” são juridicamente mais consolidados que os outros, conforme enunciado 331/TST”, além de destacar a consagração da responsabilidade da tomadora de serviços expondo que “a jurisprudência atual (Enunciado 331/TST) consagra a prestadora como a principal responsável pelas

condições de segurança e saúde e, ainda, a subsidiariedade da responsabilidade da contratante quando a execução da atividade se realizar em suas dependências⁵⁹.

É reconhecido no Legislativo o caráter normativo da súmula e a influência desta na realidade social laboral, tanto no Judiciário como nos Órgãos fiscalizadores como o Ministério Público do Trabalho e os Auditores Fiscais do Trabalho.

Atualmente o Projeto de Lei 4330/04 está em tramitação no Senado Federal sob a denominação de PCL 30/2015. Na justificção do PCL pela CCJ do Senado Federal, admite-se que a normatização dessa prática ocorre exclusivamente pela Súmula 331 do TST⁶⁰:

O Projeto de Lei da Câmara nº 30, de 2015, pretende regulamentar os contratos de terceirização e as relações de trabalho desses decorrentes. Um dos temas mais polêmicos, quando se trata desse assunto, diz respeito à terceirização da atividade-fim, que não é permitida, atualmente, nos dispositivos da Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho, instrumento de normatização dessa prática. Cremos que é importante que encontremos um consenso em relação aos limites a que as empresas podem chegar, no repasse de seus trabalhos e atividades para empresas de menor porte, terceirizadas.

Em se tratando de aplicação da súmula nas empresas, o próprio TST é competente, a partir da Emenda 45/2004, para julgar demandas envolvendo auditorias do trabalho e ratifica a legitimidade das auditorias quando estas verificarem a terceirização de atividade-fim das empresas. Aplicando-se o teor da súmula, é ilícita a terceirização de atividade-fim, cabendo fiscalização das empresas segundo entendimento do próprio tribunal. Destaca-se trecho de notícia extraída do sítio do TST⁶¹:

(...) O auditor constatou que os cooperados desempenhavam funções permanentes na Metrobus, além de realizar serviços "corriqueiros e inerentes à atividade de transporte coletivo", ou seja, atividade fim da empresa, descaracterizando o caráter cooperativo. Diante disso, aplicou a multa, cujo não pagamento implicaria a inscrição da Metrobus no Cadastro Informativo (Cadin) dos devedores da União e sujeitaria a empresa à cobrança por meio de execução judicial.

A Metrobus ingressou então com ação anulatória com pedido de liminar para evitar a inscrição no Cadim e na dívida ativa. Pedia também que fosse declarada sem efeitos a autuação feita pelo fiscal do trabalho. A ação tinha como parte a União, através do Ministério do Trabalho e Emprego, via Superintendência Regional do Trabalho no Estado de Goiás. A empresa

⁵⁹ http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=288453&filename=Tramita%20cao-PRL+1+CDEICS+%3D%3E+PL+4330/2004. Acesso em 19/12/2016.

⁶⁰ <http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/120928>. Acesso em 19/12/2016.

⁶¹ http://www.tst.jus.br/noticias/-/asset_publisher/89Dk/content/id/1008382. Acesso em 19/12/2016.

alegava que os trabalhadores eram cooperados e que suas atribuições não faziam parte da atividade fim, o que não contrariaria o artigo 29 da CLT. Sustentou ainda que os auditores fiscais do trabalho não poderiam declarar a existência de vínculo empregatício, por ser ato da competência exclusiva da Justiça do Trabalho.

O juízo da 13ª Vara do Trabalho de Goiânia indeferiu o pedido de anulação por entender que empresa estava sujeita à fiscalização do Ministério do Trabalho, exercida nos termos da lei, dentro da finalidade exigida pelo interesse público e "atuando na proteção de trabalhadores com baixo nível sócio-econômico e cultural". Para o juízo, ficou constatado que a Metrobus agiu como locadora de mão de obra de outra empresa, a Multcooper, "que utiliza a roupagem de cooperativa" com o interesse de fugir dos encargos trabalhistas. Da mesma forma entendeu o Regional ao manter o indeferimento do pedido.

No caso concreto da decisão, a empresa envolvida é de economia mista e isto pode ensejar outro tipo de ilicitude como a ausência de concurso público, o que justificaria a atuação do auditor em outra questão legal, mais especificamente o artigo 37, II⁶², diferente do enquadramento dado na Súmula, ou seja, pode ser enquadrado em outro tipo de ilegalidade. De todo modo, houve destaque na decisão de terceirização ilícita.

Mas outros entendimentos do TST no mesmo sentido envolvem empresas privadas e a ilicitude foi enquadrada no próprio descumprimento da súmula 331, ainda que não tenha menção direta a esta. Destaca-se ementa⁶³ extraída de Acórdão proferido pela 6ª Turma do TST:

AUTO DE INFRAÇÃO. TERCEIRIZAÇÃO ÍLICITA. MULTA ADMINISTRATIVA. O Poder Executivo tem a competência e o dever de assegurar a fiel execução das leis no País (art. 84, IV, CF), função que realiza, no âmbito juslaborativo, entre outras medidas e instituições, mediante a competência explícita da União para organizar, manter e executar a inspeção do trabalho (art. 21, XXIV, CF). O auditor fiscal do trabalho, como qualquer autoridade de inspeção do Estado (inspeção do trabalho, inspeção fazendária, inspeção sanitária, etc.) tem o poder e o dever de examinar os dados da situação concreta posta à sua análise, durante a inspeção, verificando se ali há (ou não) cumprimento ou descumprimento das respectivas leis federais imperativas. Na hipótese da

⁶² Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...)

II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração;

⁶³ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho (6ª. turma). Recurso de Revista RR-92900-41.2006.5.02.0024, Data de Julgamento: 26/10/2011, Relator Ministro Mauricio Godinho Delgado, 6ª Turma, Data de Publicação: DEJT 4/11/2011.

atuação do Auditor Fiscal do Trabalho, este pode (e deve) examinar a presença (ou não) de relações jurídicas enquadradas nas leis trabalhistas e se estas leis estão (ou não) sendo cumpridas no caso concreto, aplicando as sanções pertinentes, respeitado o critério da dupla visita. Se a empresa, ora Recorrente, apesar de possuir contrato de prestação de serviços com a cooperativa COOPERDATA VENDAS E PROMOÇÕES, mantém os trabalhadores -cooperados-, de forma subordinada, exercendo funções relacionadas à sua atividade-fim, inclusive com horários determinados, em evidente roupagem ou utilização meramente simulatória das relações próprias às cooperativas, ofende o art. 41 da CLT, referente à obrigatoriedade de manutenção dos livros de registros de empregados. Não há, portanto, qualquer obstáculo a que a inspeção do trabalho exerça suas funções fiscalizatórias. Precedentes. Recurso de Revista não conhecido.

Há, assim, além de indicação na Comissão de Constituição de Justiça da Câmara dos Deputados (CCJ) de atuação ativa fiscalizatória do Ministério Público do Trabalho e dos Auditores Fiscais do Trabalho, o reconhecimento da própria Corte quanto a possibilidade de atuação dos auditores para verificação de aplicação das regras constantes na Súmula 331.

O próprio Ministério do Trabalho e Emprego (MTE), órgão sob o qual os Auditores Fiscais do Trabalho estão vinculados, possui um manual sobre terceirização⁶⁴. Nesse manual há indicação das hipóteses em que a terceirização é considerada lícita desta forma é permitida a terceirização nos seguintes casos:

- atividades de segurança e vigilância;
- atividades de conservação e limpeza;
- serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador de serviços (com exceção do trabalho temporário, com base na Lei nº 6.019/74, na qual também se permite a contratação de trabalhadores para atuarem na atividade-fim da empresa).

Em princípio, pode-se definir como atividade-meio aquela não-representativa do objetivo da empresa, desfragmentada, portanto, de seu processo produtivo, configurando-se como serviço necessário (paralelo ou secundário), porém não essencial. A atividade-fim é aquela que compreende as atividades essenciais e normais para as quais a empresa se constituiu. É o seu objetivo a exploração do seu ramo de atividade expresso em contrato social;

- trabalho temporário: para atender à necessidade transitória de substituição de pessoal regular e permanente ou a acréscimo extraordinário de serviços. A terceirização deve sempre ser vista como exceção, só sendo possível nos casos específicos acima relacionados, e, mesmo assim, só sendo considerada lícita se preenchidos todos os requisitos exigidos.

Em todos esses casos, existe uma relação triangular ou trilateral. Salientamos que a terceirização, fora dessas hipóteses, é considerada ilícita pela legislação trabalhista (mesmo que idônea e regularmente constituída a

⁶⁴<http://www.saudeetrabalho.com.br/download/manual-sobre-terceirizacao.pdf>. Acesso em 19/12/2016, p. 29.

empresa intermediadora), formando-se a relação de emprego diretamente com a empresa contratante.

Com isso, identifica-se aplicação e reconhecimento das regras previstas no Enunciado 331 do TST no Executivo, Legislativo e Judiciário, demonstrando com isso a força normativa dessa súmula.

No âmbito do Judiciário, a principal possibilidade de revisão das decisões do TST e, neste caso, de reanálise dos parâmetros estabelecidos na Súmula, seria através do Supremo Tribunal Federal (STF). Há, atualmente, pendente de julgamento nesse tribunal o Recurso Extraordinário (RE) 958.252, em que se discute justamente a possibilidade de terceirização, sua ilicitude e a fixação de parâmetros para a identificação do que representa atividade-fim.

Em sede de análise de repercussão geral, o STF reconheceu que a proibição da terceirização é calcada no Verbete 331 do TST:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. POSSIBILIDADE DE TERCEIRIZAÇÃO E SUA ILÍCITUDE. CONTROVÉRSIA SOBRE A LIBERDADE DE TERCEIRIZAÇÃO. FIXAÇÃO DE PARÂMETROS PARA A IDENTIFICAÇÃO DO QUE REPRESENTA ATIVIDADE-FIM. POSSIBILIDADE.

1. A proibição genérica de terceirização calcada em interpretação jurisprudencial do que seria atividade-fim pode interferir no direito fundamental de livre iniciativa, criando, em possível ofensa direta ao art. 5º, inciso II, da CRFB, obrigação não fundada em lei capaz de esvaziar a liberdade do empreendedor de organizar sua atividade empresarial de forma lícita e da maneira que entenda ser mais eficiente.

2. A liberdade de contratar prevista no art. 5º, II, da CF é conciliável com a terceirização dos serviços para o atingimento do exercício-fim da empresa.

3. O *thema decidendum, in casu*, cinge-se à delimitação das hipóteses de terceirização de mão-de-obra diante do que se compreende por atividade-fim, matéria de índole constitucional, sob a ótica da liberdade de contratar, nos termos do art. 5º, inciso II, da CRFB.

4. Patente, assim, a repercussão geral do tema, diante da existência de milhares de contratos de terceirização de mão-de-obra em que subsistem dúvidas quanto à sua legalidade, o que poderia ensejar condenações expressivas por danos morais coletivos semelhantes àquela verificada nestes autos.

5. Diante do exposto, manifesto-me pela existência de Repercussão Geral do tema, *ex vi* art. 543, CPC.

Além disso, há uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 324, que trata da inconstitucionalidade da interpretação dada no Verbetes 331, pendente de julgamento no STF⁶⁵ em que se discute a insegurança jurídica advinda da impropriedade das expressões “atividade-fim” e “atividade-meio”, que podem ocasionar decisões conflitantes ou ampliações e restrições discricionárias por parte do julgador.

Há medidas iniciadas tanto no legislativo (PL 4330) quanto no judiciário (RE 958.252 e ADPF 324) que podem “minar”, minorar ou alterar a interpretação dada pela Súmula 331 do TST, mas, ao mesmo tempo, as mobilizações existentes corroboram com a existência de uma regra forte, vigente e com abrangência nacional. Por isto, também, a problematização do presente trabalho e a necessidade de avaliação dos critérios que estabeleceram a proibição.

Nas relações sociais os principais defensores do verbete da terceirização são os sindicatos. Defende-se, nos Sindicatos, a terceirização nos termos estabelecidos na súmula, ou seja, defende-se a manutenção da regra existente e reconhecida como “salvaguarda legal dos trabalhadores”⁶⁶ em face da ausência de regulamentação legal da matéria.

Em audiência pública realizada no Senado Federal pela Comissão de Direitos Humanos em 13/04/2015⁶⁷, os sindicatos⁶⁸ compareceram para defender a manutenção da “regra atual” e desestimular uma nova proposta para regulamentação legal sobre o tema sob o argumento de que essa situação poderá comprometer direitos trabalhistas.

Em contrapartida, os Sindicatos patronais defendem a regulamentação da terceirização em detrimento do Enunciado 331 do TST a exemplo da Confederação Nacional da Indústria (CNI)⁶⁹:

É necessário regulamentar a terceirização, pois não há no ordenamento jurídico nacional normas que tratem especificamente da matéria.

⁶⁵ <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4620584>. Acesso em 19/12/2016.

⁶⁶ <https://www.cut.org.br/system/uploads/ck/files/Dossie-Terceirizacao-e-Desenvolvimento.pdf>. Acesso em 19/12/2016, p. 49.

⁶⁷ http://www.tst.jus.br/noticias/-/asset_publisher/89Dk/content/presidente-do-tst-abre-audiencia-publica-sobre-terceirizacao-no-senado. Acesso em 20/12/2016.

⁶⁸ <http://www.bancariosdf.com.br/site/index.php/outros-assuntos-2015/audiencia-publica-no-senado-condena-terceirizacao-nas-atividades-fim>. Acesso em 20/12/2016.

⁶⁹ <http://www.portaldaindustria.com.br/cni/iniciativas/programas/terceirizacao/2013/06/1,17156/o-que-e.html>. Acesso em 20/12/2016.

Ante a ausência de legislação e diante dos inúmeros conflitos judiciais, o Tribunal Superior do Trabalho, na busca de uma solução para as divergências jurisprudenciais, consolidou entendimento, na sua Súmula 331, no sentido de que a terceirização somente é permitida se ligada à atividade meio da empresa contratante. Contudo, além de não por fim as demandas judiciais, esta certamente não é a solução mais adequada às exigências do mercado moderno.

Na prática não é possível diferenciar com precisão a atividade meio da atividade fim de uma empresa. Isso acarreta interpretações diferentes, insegurança e conflitos judiciais. Ainda, que fosse possível esta identificação, na dinâmica empresarial em pouco tempo uma atividade-meio pode converter-se em atividade fim e vice-versa. A ausência de regras claras que disciplinem a terceirização gera insegurança jurídica, ambiente de negócios desfavorável, trabalhadores desprotegidos e, por consequência, interpretações díspares, aumento dos conflitos e das demandas judiciais.

Percebe-se que a CNI reconhece a súmula 331 como regra válida, ainda que deficiente por não apresentar a solução mais adequada, o que enseja dentre outras coisas, segundo a entidade, insegurança jurídica e aumento de demandas judiciais.

O TST uniformiza entendimentos em âmbito nacional sobre a aplicação de leis laborais e uma súmula editada pelo tribunal, em que pese não ter efeito vinculante, influencia sobremaneira as instâncias inferiores de segundo e primeiro grau trabalhistas, membros do Ministério Público do Trabalho e Auditores Fiscais do Trabalho.

Assim, há pertinência temática com a escolha do órgão tendo em vista se tratar de instância suprema em face de legislação trabalhista (termo previsto na própria CLT) e o âmbito decisório ser de abrangência nacional, relevante, portanto, considerando sua influência.

2. ANÁLISE DOS PRECEDENTES DA SUMULA nº 331 DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO (TST)

2.1 Análise dos precedentes – MAD

Prevê a Súmula nº 331 do TST que a contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal e acarreta a formação de vínculo de emprego diretamente com o tomador de serviços⁷⁰. Esta é a regra da Súmula, com algumas exceções, dentre elas a Lei 6.019/74, de contratos temporários, órgãos da administração pública, direta, indireta e fundacional e as atividades meio do tomador, desde que não haja pessoalidade e subordinação direta. A própria Súmula dá alguns exemplos de atividades meio: serviços de vigilância e conservação e limpeza, desde que estes não sejam a atividade-fim da empresa.

Os precedentes da referida súmula, analisados neste trabalho, são os mencionados nela própria⁷¹ e se referem a todos os itens que a compõe, item I ao VI.

A Súmula é dividida em 06 (seis) itens. O item I se refere ao núcleo da questão: a contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo de emprego diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de

⁷⁰ Súmula nº 331 do TST CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (nova redação do item IV e inseridos os itens V e VI à redação) - Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011

I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974).

II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988).

III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

VI - A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral. (citamos novamente considerando a relevância da informação)

⁷¹[http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas com indice/Sumulas Ind 301 350.html#SUM-331](http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas%20com%20indice/Sumulas%20Ind%20301%20350.html#SUM-331). Acesso em 30.04.16 às 16:08.

trabalho temporário. Este item contém apenas 1 precedente como referência, que é o mais antigo (1984).

O item II prevê uma exceção à regra estabelecida no item I: a contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo e emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional. A regra estabelecida no item I foi estabelecida anteriormente à Constituição Federal (CF) de 1988 e essa exceção do item II foi estabelecida a fim de adequar a Súmula a preceitos constitucionais, mais especificamente o artigo 37, II⁷², da CF que estabelece a necessidade de concurso público para ingresso na administração pública.

Já no item III pode-se perceber outra exceção à regra estabelecida no item I: não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

Esse item autoriza a terceirização de atividades tidas como atividades-meio, sem que haja definição deste termo no teor da Súmula, há apenas a exemplificação de algumas atividades que se enquadram no termo “atividade-meio” como as de vigilância, conservação e limpeza. Ainda que a própria exemplificação possa ser considerada um tipo de definição, não há uma definição semântica.

Desse modo, o item III autorizou a terceirização de atividades especializadas consideradas como de meio e o item IV⁷³ regulamentou a forma de responsabilização daquele que contrata os serviços, considerando-o como subsidiariamente responsável.

⁷² Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

(...)

II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração;

⁷³ IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

Percebe-se uma mudança⁷⁴ nos entendimentos iniciais sedimentados no precedente de 1984. A partir de uma proibição total (item I), estabeleceu-se uma flexibilização para permitir a contratação de terceirizados em atividades especializadas de meio e, a partir disso, estabeleceu-se a forma de responsabilidade do contratante em caso de inadimplência.

Os próximos itens (V e VI) nada mais são do que uma complementação ao item IV, porque elucidam questões sobre a responsabilização da empresa contratante do serviço, seja empresa pública ou não.

O item V⁷⁵ admite a responsabilização subsidiária de entes públicos, desde que cumpridos certos requisitos, dentre eles a evidência de conduta culposa nos cumprimentos da Lei de Licitações (Lei nº 8.666/93), mais especificamente quanto a fiscalização do cumprimento das obrigações tanto contratuais quanto legais pela empresa contratada.

O item VI⁷⁶ esclarece que a responsabilidade subsidiária prevista nos itens anteriores envolve todas as verbas objeto da condenação. Todos os itens mencionados possuem precedentes indicados na referida súmula e todos os indicados serão analisados.

Mais especificamente, serão analisados 01 (um) precedente⁷⁷, IUJRR 3442/1984, relativo ao item I, que se trata do mais antigo, 06 (seis) precedentes do Item II, 06 (seis) precedentes do item III, 05 (cinco) precedentes do item IV, 09 (nove) precedentes do item V e 38 (trinta e oito) precedentes do item VI, somando um total de 64 precedentes.

A metodologia a ser utilizada nessa análise preliminar será a Metodologia de Análise de Decisões (MAD) cuja pretensão será, em síntese, a análise de um grupo de decisões com o objetivo de identificar o modo pelo qual o decisor constrói o

⁷⁴ Mudança percebida com a análise dos precedentes.

⁷⁵ V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

⁷⁶ VI – A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral.

⁷⁷ Há apenas um precedente indicado nesse item que foi o qual sedimentou o entendimento de proibição da terceirização.

sentido das expressões com os quais opera o discurso para então analisarmos a coerência e lógica argumentativa no Capítulo IV.

A MAD se refere à “formulação de um protocolo com o qual o pesquisador poderá trabalhar para chegar a resultados apreciáveis e, se possível, comparáveis”⁷⁸. Na proposta da MAD, esta pode ser qualificada como um protocolo, “reproduzível sempre em certa medida, especialmente nas ciências aplicadas, como é o caso do Direito, mas sua utilização permite um grau de precisão e de controle sobre o que é feito maior que nos trabalhos especulativos”⁷⁹.

Nessa linha, pretende-se atingir os seguintes objetivos:

- 1) Organizar informações relativas a decisões proferidas em um determinado contexto;
- 2) Verificar a coerência decisória no contexto determinado previamente; e
- 3) Produzir uma explicação do sentido das decisões a partir de interpretação sobre o processo decisório, sobre a forma das decisões e sobre os argumentos produzidos.⁸⁰

Os campos de discussões eleitos nessa análise envolvem, principalmente, 04 (quatro) palavras chave: valor social do trabalho, livre iniciativa, atividade-meio e atividade-fim. Estes são elementos narrativos textuais que “disputam” na questão envolvendo a terceirização, considerando que o valor social do trabalho é um fundamento constitucional tanto quanto a livre iniciativa e, além disso, esses fundamentos se opõem, dado que um se refere à vulnerabilidade do empregado e o outro à eficiência econômica ou autonomia de organização da atividade do gestor do negócio⁸¹.

Também serão considerados os elementos narrativos textuais a atividade enquadrada como atividade-meio, que é permitida pela Súmula 331 e a atividade enquadrada como atividade-fim, que é proibida pela mesma Súmula. A terceirização da atividade-fim é economicamente mais liberal e a limitação dessa terceirização é economicamente mais restrita. A terceirização da atividade-meio especializada é uma possibilidade autorizada pelo TST e, nessa autorização, de certa forma,

⁷⁸ FREITAS FILHO, Roberto e LIMA, Thalita Moraes. Metodologia de Análise de Decisões – MAD, 2010. Disponível em: <<http://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/index.php/jus/article/viewFile/1206/1149>>. Acesso em 01 de maio 2016 às 12:11. p. 06.

⁷⁹ *Ibid.*, op. Cit., p. 87. p. 06.

⁸⁰ *Ibid.*, op. Cit., p. 87. p. 07.

⁸¹ Essas questões foram melhor explicitadas no capítulo I, sobre as polêmicas envolvendo o tema.

concilia-se a liberdade econômica (livre iniciativa) com os valores sociais do trabalho. A limitação da terceirização da atividade-fim e autorização da terceirização da atividade-meio se revela uma intervenção estatal no domínio econômico, porque limita a liberdade econômica.

A expressão “valor social do trabalho” foi escolhida considerando o teor do inciso IV do artigo 1º da Constituição Federal⁸². Estabelece-se a essa expressão *status* de fundamento constitucional, equiparado a dignidade da pessoa humana, soberania, cidadania e pluralismo político.

Da mesma forma, a expressão livre iniciativa foi incluída como chave, considerando se tratar de fundamento de equilíbrio do valor social do trabalho e, por isto, deve ser considerado conjuntamente.

As expressões atividade-meio e atividade-fim também não poderiam ficar de fora da pesquisa, considerando, principalmente, serem fatores de diferenciação dos tipos de atividades consideradas como lícitas para fins de terceirização pela Súmula 331⁸³ do TST. Em que pese não haver menção a expressão “atividade-fim” na Súmula, por essa se tratar de oposição ao termo atividade-meio, também foi estabelecida como expressão chave. Isto porque, ao se chegar no significado de atividade-fim, deve-se excluir, necessariamente, o significado de atividade-meio.

Desse modo, pretende-se organizar as decisões proferidas nos precedentes indicados com identificação das expressões referência em cada precedente, verificando-se qual o sentido dado a cada expressão quando essas forem citadas.

As expressões referência da análise a serem investigadas, serão: valor social do trabalho, livre iniciativa, atividade-meio e atividade-fim. Pretende-se, portanto, identificar o sentido dessas expressões na análise dos precedentes da já mencionada Súmula. Em outras palavras, pretende-se verificar se essas expressões foram consideradas no processo decisório e, em caso positivo, pretende-se extrair o

⁸² Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição. (grifo nosso)

⁸³ III – Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação.

que foi considerado como atividade-meio, atividade-fim, livre-iniciativa e valor social do trabalho.

Dessa forma, delimitado o escalão decisório (TST), identificadas as decisões a serem analisadas (precedentes da Súmula 331 do TST) e estabelecidos os conceitos a serem investigados, passar-se-á à análise do sentido das expressões: valor social do trabalho, livre iniciativa, atividade-meio e atividade-fim.

2.1.1 Do item I da súmula 331 do TST

No Acórdão AC. TP – 2208/86 no processo nº TST – IUJ – RR – 3442/84 indicado como primeiro precedente no item I da Súmula 331, não há menção a essas expressões. Porém, há menção a expressão “questão social”, em que se destaca o reconhecimento da primazia do trabalho como questão social em face do Capital. Diante disso, trabalharemos essa expressão como sendo análoga a expressão “valor social do trabalho”, considerando sua inconfundível semelhança.

Tal expressão é mencionada 02 (dois) momentos no precedente. A primeira menção é no item 06 dos itens que compõe a Ementa. Nesse item, o trabalho é indicado como a “pedra de toque de toda a questão social” e, por isso, deve ser reconhecido como primado sobre o capital. Para justificar a superioridade da questão do trabalho em face do capital, explica-se que o trabalho “não é uma mercadoria sujeita a lei da oferta e da procura, que se pode especular com salários, com a vida dos homens, como se faz com o trigo, o açúcar, o café”⁸⁴.

Diante disso, pode-se extrair desse item que o trabalho é o principal ponto a ser considerado na questão social envolvida na terceirização de mão de obra e a razão disso é o fato do trabalho não poder ser considerado uma mercadoria, equiparado a produtos como café, por exemplo. Portanto, partindo-se da premissa que o trabalho é relevante, não pode ser considerado uma mercadoria, posto que deve sobrepor-se ao capital.

Na segunda menção à “questão social”, houve destaque ao momento, frisou-se que o momento era outro e deveria ser considerado o trabalho como ponto principal na questão social. Além disso, reforçou-se o argumento de que o trabalho

⁸⁴ Citação extraída do Acórdão em análise.

não deve ser considerado como mercadoria porque trata da vida dos homens e, além disso, a crença dos “empregados e dos verdadeiros empregadores (na Corte), há de ser preservada”. **O sentido, portanto, dado pela Corte ao trabalho na questão social, foi que esse não pode ser equiparado a uma mercadoria.** Foi um sentido no aspecto negativo, não se disse necessariamente como o valor social deve ser tratado, mas equipará-lo a mercadoria não pode, porque significa dar mais valor ao capital, esquecendo-se do ser humano.

Em resumo, percebe-se que não houve menção a livre iniciativa e claramente a Corte indica uma prevalência do valor social do trabalho em face do Capital (livre iniciativa). Além disso, há menção a impossibilidade de terceirização de atividades-fim nesse momento decisório. Indicou-se atividade-fim como sendo aquela que é essencial à empresa. Não há menção a expressão atividade-meio.

Esse UIJRR é indicado como único precedente do item I da Súmula 331 do TST que possui a seguinte redação: I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974).

Desse modo, o TST sumulou o entendimento de que a contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal.

2.1.2 Do item II da súmula 331 do TST

O item II da referida Súmula possui redação já embasada na Constituição Federal de 1988 (art. 37, II, da CF/1988), conforme segue: II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988).

Nesse item a Administração Pública foi isentada dos ônus relativos a eventual vínculo de emprego quando houvesse a contratação de empregado terceirizado considerando a especificidade da necessidade de concurso público para ingresso. Os precedentes serão analisados a seguir.

No primeiro precedente indicado na referida Súmula com relação ao item II (RR 62835-48.1992.5.02.5555) não há menção às expressões chave da análise,

mas chama a atenção em outro ponto. A Corte considerou violado o disposto no item I do, na época, Enunciado 256 do TST, a respeito de contratação realizada por empresa de economia mista criada por Lei municipal. Mas, ainda que tenha considerado violado o disposto nesse enunciado, entendeu que pelo fato da empresa contratante ter sido criada por Lei Municipal e o Município ser o maior acionista, não havia violação legal e, portanto, não deveria ser considerada fraude a Lei trabalhista essa contratação.

No segundo precedente indicado (RR 44058-74.1992.5.07.5555) também não há referência às expressões chave da pesquisa. Porém, percebe-se uma nova exceção a aplicação ao Enunciado 256. Já na Ementa, a Corte destaca que o Enunciado 256 do TST tem por objetivo evitar fraudes e não impedir contratos legais.

Considerando que o contrato com a administração pública foi realizado com o amparo legal e que não há Lei que desautorize o empregado contratado de prestar serviços no mesmo local dos empregados com vínculo direto, não deve ser considerada ilegal a prestação de serviços por empresa interposta.

No terceiro precedente (RR 42286-78.1991.5.01.5555), considerou-se que não houve atividade fraudulenta, porque realizada na forma legal e, portanto, não caberia responsabilidade subsidiária ou solidária. Também não houve menção às expressões- chave.

No quarto precedente (RR 41974-21 DJ 18.06.1993), afastou-se a aplicação do Enunciado sob o argumento de que o Decreto-lei 200/67 autorizava a Administração pública a realizar contratos para “tarefas executivas, nas quais sei incluem serviços de limpeza”. Nesse precedente há menção à atividade-meio, ainda que com outra nomenclatura, chamando-se de atividade executiva. Nesse sentido, entendeu-se que as atividades indiretas estavam autorizadas legalmente. Tendo em vista o teor do Decreto-Lei, pode-se extrair deste que as atividades tidas como de meio são aquelas que não envolvam planejamento, coordenação, fiscalização e controle⁸⁵.

⁸⁵ Art. 10. A execução das atividades da Administração Federal deverá ser amplamente descentralizada.

(...)

§ 7º Para melhor desincumbir-se das tarefas de planejamento, coordenação, supervisão e controle e com o objetivo de impedir o crescimento desmesurado da máquina administrativa, a Administração procurará desobrigar-se da realização material de tarefas executivas, recorrendo, sempre que

Dessa forma, autoriza-se, na administração pública, atividades tidas como executivas por meio de Decreto-Lei e essa autorização é reconhecida pela Corte trabalhista.

No quinto precedente (RR 35607-78 – DJ 25.06.1993) há novamente menção a “serviços indiretos”. Neste precedente a fundamentação para autorização da terceirização de atividades indiretas é outra. Fundamenta-se com base na Lei 5645/70, artigo 3º, parágrafo único⁸⁶, que previa a possibilidade de execução indireta através de contrato nos termos do Decreto-Lei 200/67, artigo 10, § 7º, das seguintes atividades: transporte, conservação, custódia, operação de elevadores, limpeza e outras assemelhadas. No sexto precedente (RR 27568-54 DJ 19.06.1992), há menção a Lei 5.645/70 para autorizar a terceirização de atividade-meio, tratada como atividade de execução e indireta.

Com os precedentes destacados acima a Corte trabalhista autoriza a terceirização de atividades consideradas indiretas sem, contudo, defini-las. A própria Lei estabelece algumas atividades que podem ser consideradas como indiretas (transporte, conservação, custódia, operação de elevadores, limpeza e outras assemelhadas) e menciona aquelas tarefas que não podem (que envolvam planejamento, coordenação, fiscalização e controle).

Não houve menção à livre iniciativa, valor social do trabalho ou atividade-fim, a principal questão nesses precedentes foi justamente a licitude da terceirização de atividades indiretas pela administração pública e prevaleceu o entendimento de que é possível a terceirização de atividades indiretas diante da autorização legal existente.

2.1.3 Do item III da súmula 331 do TST

No item III, percebe-se uma abertura maior voltada à autorização da terceirização em determinadas atividades. A própria Súmula faz referência à alguma

possível, à execução indireta, mediante contrato, desde que exista, na área, iniciativa privada suficientemente desenvolvida e capacitada a desempenhar os encargos de execução.

⁸⁶ Atualmente, revogado expressamente pela Lei 9.527/1997.

atividade tida como de meio e exemplifica de forma muito similar ao que dispunha a Lei 5.645, nos seguintes termos:

III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

Portanto, considerando que a Súmula é uma uniformização de entendimento com base em um compilado de decisões no mesmo sentido, verifica-se que o TST uniformizou o entendimento de autorização voltada à atividade-meio, em detrimento de expressões como atividades indiretas ou executivas, houve preferência por aquela expressão.

Nesse sentido, analisaremos os precedentes que culminaram no item III da referida Súmula, indicados nesta. No primeiro precedente indicado como referência no item III (ERR 211-52.1990.5.12.5555), não há menção direta a nenhuma das expressões objeto da pesquisa. Sob o aspecto do valor social, há apenas menção à “inconveniência social” da existência de empresas interpostas.

Nesse precedente foi dado provimento ao recurso de revista inicialmente interposto para considerar o vínculo empregatício de um servente com uma empresa de economia mista, do setor bancário, sob o argumento de que o Enunciado 256 do TST entendia como ilegal a prestação de serviço por empresa interposta, exceto nos casos previstos em Lei. Citando apenas a Lei 7.102/83⁸⁷ e a Lei 6.019/74⁸⁸, entendeu o Tribunal que não havia exceção legal para a prestação de serviços terceirizados de servente e reconheceu o vínculo empregatício e a responsabilidade solidaria do banco envolvido.

Após interposição de recurso para as Seções Especiais, houve a reversão da decisão para considerar lícita a contratação considerando que não havia subordinação entre o empregado e o Banco, este não participou da admissão, direção, remuneração e nem da demissão do empregado. Além disso, sendo o

⁸⁷ Trata sobre segurança para estabelecimentos financeiros, estabelece normas para constituição e funcionamento das empresas particulares que exploram serviços de vigilância e de transporte de valores, dispensa a contratação de serviços de vigilância diretamente pela instituição financeira.

⁸⁸ Trata de trabalhos temporários, ou seja, autoriza a terceirização em casos envolvendo necessidade premente e transitória, seja na atividade-fim ou meio, desde que atendidos os requisitos.

banco de economia mista, deveria o empregado prestar concurso, não podendo ter o vínculo empregatício reconhecido também em face disto.

Diante disso, considerou o Tribunal que havendo ausência de subordinação e sendo necessária a submissão do empregado a concurso público não há o que se falar em reconhecimento do vínculo de emprego. Destacou-se, ainda, nessa decisão, que o Enunciado 256 deve ser interpretado de forma restritiva e exemplificativa e não taxativa.

No segundo precedente indicado (RR 226-34.1989 – DJ 08.09.1989) há menção às expressões atividade-meio e atividade-fim. Apesar de não haver menção a expressão livre iniciativa, pode-se extrair da Ementa esse princípio, *in verbis*:

CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS - LEGALIDADE.

Existindo legalmente empresas prestadoras de serviços, é ilegal que se lhes negue a qualificação de empregadores, salvo as hipóteses de fraude. A enumeração contida no E.256, da Súmula desta Col.Corte ha que ser considerada de forma exemplificativa, não taxativa, comportando, assim, o reconhecimento da legalidade do vínculo formado entre o empregado e o prestador dos serviços em hipóteses outras que não as expressamente elencadas no verbete sumulado.

O interprete há que buscar na aplicação dos próprios precedentes jurisdicionais interpretação compatibilizadora daqueles com a legislação em vigor.

Recurso de revista conhecido, a que se nega provimento. (Grifo nosso)

Percebe-se que houve uma valorização da livre iniciativa ao se considerar ilegal a “qualificação de empregadores” se não houver fraude. Em outros termos, extrai-se da decisão que, não havendo impedimento legal, revela-se ilegal a restrição à prestação de serviços pela empresa.

Há 01 (uma) menção a atividade-meio, em que se faz uma comparação com a atividade de limpeza, indicando que a atividade de montadoras de veículos e de empresas de computação devem ser igualmente consideradas de meio. Para tanto, trabalha-se na demonstração de que a limpeza é atividade-meio no seguinte sentido:

As empresas de limpeza, cuja existência e enquadramento sindical estão previstos em lei, têm, na sua atividade fim, uma atividade-meio com relação às empresas que contratam seus serviços. Embora a faxina seja essencial a qualquer empreendimento, jamais será o fim do empreendimento, salvo das empresas de limpeza.

Parte-se da premissa de que a existência e enquadramento sindical das empresas de limpeza está previsto em Lei e, por isso, essas exercem uma atividade

meio nas empresas que as contratam. Conclui-se que a faxina é essencial, mas jamais será atividade-fim.

Identificado que a limpeza é atividade-meio, faz-se uma analogia dessa atividade em forma de indagações: “E as empresas de computação que são contratadas para servir de base à administração de “n” empresas que não teriam capital para implantar um sistema próprio”?

Conclui-se em seguida que se essas empresas prestadoras de serviço existem legalmente, deve ser considerado ilegal a negativa de qualificação delas como empregadoras.

Houve, portanto, uma equiparação de determinadas atividades com a atividade de limpeza para identifica-las como atividade-meio e concluiu-se pela impossibilidade de considera-las como ilegais se não estiver caracterizada fraude. Distinguiu-se, ainda, atividade essencial de atividade-fim.

Ao final, destacou-se na decisão, que a vinculação remota dos empregados a determinadas empresas não significa necessariamente a existência de vínculo empregatício e que cabe a Justiça do Trabalho garantir os direitos trabalhistas a esses trabalhadores, mas não cabe criar uma entidade que englobe todo e qualquer trabalhador que lhe preste serviços, mas apenas responsabilizá-la subsidiariamente, se for o caso.

No terceiro precedente (RR 43279-06.1992.5.04.5555) não há menção às expressões chave, contudo, autorizou-se a administração pública a contratar empresa interposta nas hipóteses especificadas na Lei 5.645/70 combinada com o Decreto-Lei 200/67. Diante disso, excluiu-se qualquer responsabilidade do tomador de serviço (administração pública), ainda que a contratação esteja relacionada com contrato permanente de prestação de serviço.

Em que pese não haver menção a expressão atividade-meio, esta foi considerada como aquelas atividades previstas em Lei como passíveis de terceirização pela administração pública e, diante dessa autorização legal, deixou-se de aplicar o Enunciado proibitivo.

No quarto precedente (RR 24086-98.1991 – DJ 08.05.1992) não há menção as expressões chave. Há, contudo, definição dos casos em que deve ser aplicada a vedação prevista no Enunciado 256, antecessor da Súmula 331.

Decidiu-se pela aplicação do Enunciado apenas nos seguintes casos: quando existente subordinação direta e pessoalidade na relação entre a empresa tomadora

de serviços e o empregado. Inexistente essa subordinação direta e pessoalidade, foram afastadas as hipóteses previstas no Enunciado. Em outras palavras, entendeu-se que somente é ilegal a contratação de empresas interpostas quando há subordinação direta e pessoalidade na relação entre o empregado e a empresa tomadora.

Esse entendimento relativizou a ilegalidade prevista no item I do Enunciado, porquanto trouxe elementos novos para que se considere ilegal a contratação, ou seja, a contratação de empresa interposta por si só não é ilegal, devendo ser demonstrada a pessoalidade e a subordinação direta para que seja caracterizada a ilegalidade.

Diferenciou-se, na decisão, a contratação de serviço e a contratação de pessoa, importando apenas o resultado do trabalho e não a pessoa que preste o serviço.

Não houve diferenciação entre atividade-fim ou atividade-meio nessa decisão, para legitimar a contratação de empresa interposta foram utilizados outros critérios caracterizadores de ilegalidade.

No quinto precedente indicado (RR 45956-68.1992 – DJ 06.08.1993) novamente fala-se em legalidade da contratação de prestadores de serviços por empresa interposta considerando o permissivo legal da Lei 5.645/70 e Lei 7.102/63. Destaca-se, porém, a citação dos tipos de serviços. Em que pese não haver menção às expressões chave, está implícita a atividade-meio, considerando a previsão de serviços como “vigilância, custódia, conservação e assemelhados”.

Ao contrário da decisão anterior analisada (RR 43279-06.1992.5.04.5555) esta decisão explicita os tipos de serviços terceirizáveis e não indica nenhuma possibilidade de exceção à ilegalidade prevista no Enunciado 256, exceto quando há expressa autorização legal.

Nesse sentido, somente estaria autorizada a contratação de mão de obra terceirizada nos casos expressamente previstos em Lei e, inexistindo previsão legal, a contratação de mão de obra por empresa interposta deveria ser considerada ilegal, por si só.

No sexto e último precedente indicado (RR 41486-28.1991 DJ 26.03.1993) não há menção às expressões chave da pesquisa. Há referência à Lei 5.645/70 e o Decreto-Lei 200/67 para afastar a incidência do Enunciado 256, ou seja, para

impossibilita o reconhecimento de vínculo de emprego entre o empregado da empresa interposta que presta o serviço e a empresa tomadora dos serviços.

Isentou-se a administração pública da responsabilidade sob o argumento de que há Lei que autoriza a contratação indireta de serviços. Neste caso específico não se adentrou no mérito se a atividade prestada é de meio ou não, até porque o serviço prestado era de limpeza e, diante dos precedentes analisados, percebeu-se um certo consenso sobre o fato da atividade de limpeza ser atividade-meio, exceto para a própria empresa que presta o serviço de limpeza, em que pese ser algo essencial para as empresas privadas e a administração pública.

Em que pese neste item III haver poucas menções às expressões chave da pesquisa, percebe-se um certo contexto na utilização de expressões como atividade-meio e esse se refere principalmente à previsão legal contida na Lei 5.645/70, Lei 7.102/63 e do Decreto-Lei 200/67. Em regra, neste item, exceto por um precedente, é ilegal terceirizar, exceto nos casos expressamente previstos em Lei, que estabelece como possível a terceirização de serviços indiretos, estes entendidos no Enunciado como de meio.

2.1.4 Do item IV da sumula 331 do TST

Neste item a Súmula 331 do TST estabelece regras sobre responsabilidade subsidiária e critérios para responsabilização do tomador de serviços nos seguintes termos: IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

São 05 (cinco) os precedentes mencionados no item IV como referência:

1. ERR 342300-93.2003.5.02.0202 - Min. Guilherme Augusto Caputo Bastos DEJT 30.04.2010 - Decisão unânime;
2. ERR 150400-75.2001.5.17.0007 - Min. Lelio Bentes Correa DEJT 06.08.2010 - Decisão unânime;
3. EEDRR 413100-18.2004.5.02.0201 - Min. Vieira de Mello Filho DEJT 20.11.2009 - Decisão unânime;
4. EEDRR 1142800-18.2005.5.11.0005 - Min. Lelio Bentes Correa EJT 13.03.2009 - Decisão unânime;
5. RR 101600-73.2001.5.01.0035, 5ªT - Min. Emmanoel Pereira DEJT 26.06.2009 - Decisão unânime.

No primeiro precedente indicado (ERR 342300-93.2003.5.02.0202) não há menção às expressões chave. Contudo, podem-se extrair alguns sentidos, principalmente do Acórdão do Tribunal regional⁸⁹ utilizado como fundamento para a própria decisão do Acórdão do TST.

Neste precedente houve a responsabilização subsidiária de uma empresa privada, considerando alguns fatores determinantes para identificação do tipo de atividade exercida pela empresa contratada, se atividade-fim ou atividade-meio, para fornecer serviços de mão de obra.

Predominou o entendimento de que a atividade exercida pela empresa contratada estava vinculada ao objeto social da empresa contratante e o serviço prestado seria imprescindível para formação da estrutura da empresa contratante, para manutenção e expansão da atividade correlata e principal. Esses foram os argumentos principais para se caracterizar a atividade prestada como atividade-fim da empresa contratante.

Constata-se, portanto, que o Tribunal deu o seguinte sentido à atividade-meio:

- a) Atividade vinculada ao objeto social da empresa contratante;
- b) Imprescindível para manutenção e expansão da atividade principal.

Além desses pontos, destacou-se de forma acessória na decisão, a atividade permanente e habitual prestada. Nesse sentido, afastou-se a irresponsabilidade da empresa contratante com relação a eventuais verbas trabalhistas devidas pela empresa contratada. Novamente, de forma, acessória, que a “chamada terceirização encontra limites na legislação trabalhista, que não permite a intermediação de mão de obra”.

Além disso, houve um outro argumento que, apesar de subsidiário (considerando que a decisão já tinha sido tomada com base nos argumentos lançados acima), implica em reforço à responsabilidade subsidiária: falta de vigilância da empresa contratante.

Em que pese este precedente estar indicado como subsídio para a formação do item IV da Súmula 331 do TST, esse item é citado como respaldo jurisprudencial para a decisão do Tribunal regional, ou seja, o precedente indicado como formador da unificação jurisprudencial teve citação desse entendimento já uniformizado. Isto

⁸⁹ Em algumas situações o TST replica os fundamentos dados pelos Tribunais Regionais.

nos leva a crer que o precedente indicado serve apenas como “reforço” para manutenção do item IV da Súmula 331 e não como formador do entendimento trazido pela regra sumular.

No segundo precedente (ERR 150400-75.2001.5.17.000) há menção às expressões atividade-meio e atividade-fim, mas não há menção às expressões livre iniciativa e valor social do trabalho.

Da mesma forma que o precedente anterior, este precedente não é formador do item IV da referida Súmula e, desse modo, entendemos que se trata de reforço para manutenção desse.

Novamente consideraremos os argumentos lançados também pelo Tribunal regional, isto porque o TST considerou seus alguns argumentos lançados pelo Tribunal regional.

Ao contrário do precedente (ERR 342300-93.2003.5.02.0202), analisado acima, às expressões atividade-meio e atividade-fim foram consideradas irrelevantes para se identificar a responsabilidade subsidiária. Não houve discussão se a empresa contratada exercia atividade-meio, destacando-se a responsabilidade subsidiária da empresa contratante pelo mero inadimplemento das obrigações trabalhistas pela empresa contratada. Pode-se extrair da decisão, que a questão sobre o tipo de atividade exercida somente seria relevante para avaliação da caracterização do vínculo de emprego com a tomadora dos serviços.

Deu-se destaque a existência de inadimplemento de verbas trabalhistas por parte da empresa contratada e, conseqüentemente, a empresa contratante, por certo, teve comportamento omissivo e irregular ao “deixar de fiscalizar o cumprimento das obrigações contratuais assumidas pela contratada, estando configurada a culpa *in vigilando*”.

Desse modo, percebe-se pela decisão, que de qualquer forma, havendo inadimplência da empresa contratada, presume-se a omissão da empresa contratante em fiscalizar e, desse modo, essa deve ser responsabilizada subsidiariamente pelas verbas trabalhistas daquele empregado que prestou serviços, independentemente se o serviço prestado faz parte da atividade-fim ou atividade-meio da empresa contratante. Chamou-se de culpa *in vigilando*, ou seja, se não houve fiscalização de forma adequada a ponto de impedir a inadimplência das verbas trabalhistas, deve ser responsabilizada a empresa contratante.

No terceiro precedente (EEDRR 413100-18.2004.5.02.0201) não há menção às expressões chave. Apesar disso, leva-se em consideração na decisão o fato da empresa prestadora de serviços exercer atividades convergentes com os fins empresariais da empresa contratante, ou seja, que exerceu atividade-fim da empresa.

Para se considerar o exercício de atividade-fim, o TST arguiu que:

- a) A empresa contratante é responsável por 90% do faturamento da empresa contratada;
- b) Há uma parceria mundial entre as empresas;
- c) O tipo de atividade prestado pela empresa contratada se coaduna com o tipo de atividade da empresa contratante.

Há uma exceção indicada na decisão que poderia afastar o entendimento da prestação de serviços relacionados com a atividade-fim da empresa contratante: se “a atividade empresarial fosse totalmente diferente da desenvolvida”.

Em que pese haver esse argumento admite-se, na decisão do Tribunal regional, que a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços independe do tipo de atividade exercida, bastando a prestação de serviços em benefício da empresa contratante e inadimplência das verbas trabalhistas pela empresa contratada.

Destacou-se que não há dispositivo legal específico sobre a matéria, mas que a interpretação dada “privilegia a jurisprudência, a analogia, a equidade e os princípios e normas gerais de Direito, principalmente Direito do Trabalho”.

Novamente houve menção ao item IV da Súmula 331 e, portanto, este precedente serve como “reforço” para manutenção e não formação desse item. Desse modo, os precedentes indicados como referência do item IV não são os supostos reiterados julgados que servem de subsídio para edição de uma Súmula pelo Tribunal.

No quarto precedente (EEDRR 1142800-18.2005.5.11.0005) há apenas 01 (uma) menção a expressão atividade-meio e nenhuma menção às outras expressões chave. Verifica-se no julgado que não houve o reconhecimento do vínculo empregatício entre a empresa contratante e os empregados prestadores de serviço, mas o Tribunal entendeu que caberia a responsabilidade subsidiária da empresa contratante por eventuais verbas trabalhistas inadimplidas.

Há, no julgado, menção ao entendimento firmado pelo Tribunal, de que:

A contratação de mão-de-obra por empresa interposta gera vínculo de emprego diretamente com o tomador dos serviços, exceto em se tratando de atividades de vigilância e de conservação e limpeza, ou da contratação de serviços especializados ligado a atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

Pode-se extrair desse comando judicial, que a contratação de mão-de-obra interposta gera vínculo de emprego. Esta é a regra. Somente não haverá vínculo de emprego quando o serviço prestado for especializado e relativo a atividade-meio do tomador ou ligado a vigilância e limpeza. Estas duas atividades aparecem reiteradamente nas decisões, inclusive como analogia a outras atividades que possam ser consideradas como atividade-meio.

Outro ponto com relação a licitude ou ilicitude da contratação de empresa interposta é a inexistência de subordinação e pessoalidade. Percebe-se que a terceirização de atividade-meio especializada somente será considerada lícita ou serviços de limpeza e vigilância somente serão considerados lícitos se cumprirem outros requisitos: inexistência de subordinação direta e pessoalidade.

Quanto à responsabilidade subsidiária, para que esta subsista é irrelevante que seja a contratação de empresa interposta considerada lícita ou ilícita, ou seja, independentemente se se identificar que o tipo de serviço prestado é vinculado a atividade-meio especializada ou de limpeza e vigilância do tomador. Nos termos da decisão, basta que a empresa contratada esteja inadimplida com suas obrigações contratuais, presumindo-se um comportamento omissivo e irregular da empresa contratante “ao deixar de fiscalizar o cumprimento das obrigações contratuais assumidas pela contratada, estando configurada a culpa *in vigilando*”.

Também neste precedente há menção ao item IV da Súmula 331 do TST, em que pese esse item ser supostamente construído com base neste precedente ora analisado. Isto significa que os precedentes mencionados não são precedentes, estes considerados como decisões que antecedem um ato, mas sim decisões que reforçam o item IV da Súmula.

Diante disso, não se consegue extrair dos precedentes indicados a construção jurisprudencial que levou à formulação do item IV.

Porém, continuaremos na identificação das expressões chave e na tentativa de extrair o sentido dado à estas nos precedentes referência, ainda que estes não sejam precedentes propriamente ditos, mas não deixam de ter importância,

considerando que reforçam a aplicação do item IV da Súmula, pois se referem à força normativa dada a esta.

No quinto e último precedente referência do item IV da Súmula 331 (TST – RR – 101600-73.2001.5.01) não há menção às expressões chave. Porém, em que pese não haver menção expressa, no relato fático trazido pelo Tribunal regional e tido como parâmetro para análise, há menção à atividade de “cobertura de carros de cigarro” e que o prestador de serviços trabalha “dentro de uma sala de operações” e recebia orientações por rádio. Esse argumento foi apenas subsidiário, para destacar que o prestador de serviços mantinha algum tipo de vínculo com a empresa contratante.

Destacou-se, principalmente, que o fato da empresa contratada deixar de cumprir as obrigações trabalhistas e por haver prestação de serviços na empresa contratante, estava evidenciada a responsabilidade subsidiária por eventuais verbas trabalhistas não pagas, sem limites de responsabilidade, ou seja, seria responsável por todas as verbas inadimplidas, pois restou “evidenciado que a referida empresa causou prejuízo a terceiros em decorrência da culpa *in eligendo* e *in vigilando*”.

Nesse sentido, não houve debate sobre os fundamentos do valor-social do trabalho, livre-iniciativa, atividade-meio ou atividade-fim.

Em suma, havendo a prestação de serviços e inadimplemento de obrigações trabalhistas, haverá a responsabilidade tanto do tomador do serviço quanto do prestador, independentemente do tipo de atividade prestada e da relação contratual entre a empresa contratada e a empresa contratante.

2.1.5 Do item V da sumula 331 do TST

Neste item a Súmula 331 do TST estabelece regra sobre responsabilidade subsidiária dos entes integrantes da Administração Pública direta e indireta, remetendo às mesmas condições do item IV e critérios para responsabilização nos seguintes termos:

V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero

inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

São 09 (nove) os precedentes mencionados no item V como referência:

1. IUJRR 297751-31.1996.5.04.5555 - Min. Milton de Moura França DJ 20.10.2000 - Decisão unânime;
2. EEDRR 25200-85.2008.5.21.0012 - Min. Horácio Raymundo de Senna Pires DEJT 29.04.2011 - Decisão unânime;
3. ERR 99500-89.2006.5.21.0011 - Min. Aloysio Corrêa da Veiga DEJT 19.04.2011 - Decisão unânime;
4. ERR 27100-54.2007.5.15.0126 - Min. Horácio Raymundo de Senna Pires DEJT 18.02.2011 - Decisão unânime;
5. AgERR 6700-51.2009.5.06.0012 - Min. Aloysio Corrêa da Veiga DEJT 11.02.2011 - Decisão unânime;
6. RR 67400-67.2006.5.15.0102, 1ªT - Min. Vieira de Mello Filho DEJT 17.12.2010 - Decisão unânime;
7. RR 26100-08.2005.5.06.0007, 2ªT - Min. José Roberto Freire Pimenta DEJT 18.02.2011 - Decisão unânime;
8. AgAIRR 94-95.2010.5.10.0000, 4ªT - Min. Maria de Assis Calsing DEJT 29.04.2011 - Decisão unânime;
9. RR 193800-63.2009.5.12.0019, 8ªT - Min. Dora Maria da Costa DEJT 19.04.2011 - Decisão unânime.

No primeiro precedente indicado como referência (IUJRR 297751-31.1996.5.04.5555) não há menção às expressões chave. Na discussão envolvendo a responsabilidade subsidiária dos entes públicos ou empresas privadas (conforme analisado no item IV) há poucas menções às expressões chave. Percebe-se que as questões principais de debate são relativas à inadimplência de verbas trabalhistas por parte da empresa contratada e culpa presumida da empresa contratante, seja administração pública ou não. Considera-se que a simples inadimplência da empresa contratada já indica um comportamento omissivo ou irregular da empresa contratante que, supostamente, falhou ao fiscalizar, pois, do contrário, com um comportamento fiscalizatório efetivado, não teria havido inadimplência.

Diante disso, para fins de responsabilização subsidiária das empresas contratantes, neste precedente, pareceu irrelevante o debate sobre o tipo de atividade realizada, seja de meio ou de fim da empresa e também se há conflito entre fundamentos do valor social do trabalho e da livre iniciativa, em face da ausência de menção a essas expressões.

No segundo precedente indicado (EEDRR 25200-85.2008.5.21.0012) há menção à expressão valor social do trabalho. O TST reproduziu o teor da decisão do Tribunal regional do Trabalho para indicar que estava em consonância com a

Súmula 331, item IV. Na fundamentação do Tribunal regional houve menção a valorização social do trabalho.

Utiliza-se desse fundamento na conclusão da decisão que responsabilizou subsidiariamente a empresa contratante (Administração Pública) sobre verbas trabalhistas inadimplidas pela empresa prestadora de serviços (contratada). Responsabilizar a empresa contratante pelas verbas inadimplidas pela empresa contratada implica em respeito ao fundamento do valor social do trabalho, indica um respeito a “preocupação social” do legislador constituinte que adotou esse princípio tido como protetivo na decisão.

O sentido dado ao princípio valor social do trabalho foi, portanto, de proteção do trabalhador e protege-lo significa não lhe onerar com a inadimplência da empresa contratada. Essa proteção foi a intenção do legislador constituinte.

No terceiro precedente indicado no item V da Súmula em referência (ERR 99500-89.2006.5.21.0011) há menção a expressão atividade-fim.

No primeiro e segundo precedentes indicados não houve discussão sobre o tipo de prestação de serviço. Mas neste terceiro precedente a prestação de serviços na atividade-fim da empresa contratante foi relevante para se considerar a responsabilidade subsidiária. A menção ocorreu na justificativa para se aplicar a responsabilidade subsidiária nos seguintes termos:

No presente caso, o Tribunal regional deixou expresso que a empresa se beneficiou dos serviços de apoio executados pelo autor, porque inerentes à atividade-fim da reclamada. Presentes, portanto, os fundamentos que justificam o reconhecimento da responsabilidade subsidiária.

Pode-se perceber pela decisão que atividade-fim foi considerada como “serviço de apoio” exercido pelo prestador de serviço. Não houve menção ao contexto fático que indicou a prestação de atividade-fim da empresa contratante, mas pode-se extrair da decisão dois pontos:

- a) Serviço de apoio pode ser considerado atividade-fim;
- b) Tratar-se de atividade-fim da empresa contratante é relevante para se caracterizar a responsabilidade subsidiária.

No quarto precedente indicado (ERR 27100-54.2007.5.15.0126) há menção à expressão-chave valor social do trabalho no mesmo sentido extraído do segundo precedente deste item (EEDRR 25200-85.2008.5.21.0012), já analisado.

O TST considerou que responsabilizar a empresa contratante pelas verbas inadimplidas pela empresa contratada implica em respeito ao fundamento do valor social do trabalho, indica um respeito a “preocupação social” do legislador constituinte que adotou esse princípio tido como protetivo na decisão.

Nesse sentido, ao não responsabilizar a empresa contratante, o Tribunal estaria desrespeitando o fundamento do valor social do trabalho, em outros termos, respeitar esse fundamento constitucional implica em garantir que o trabalhador, independentemente do contrato existente entre as partes, receba eventuais verbas trabalhistas inadimplidas, qualquer que seja o contratante do serviço, seja administração pública ou empresa privada.

Justifica-se, ainda, a responsabilidade da empresa contratante em:

(...) todo um arcabouço jurídico de proteção ao empregado (...) aos princípios da legalidade, da impessoalidade, mas sobretudo, pelo da moralidade pública, que não aceita e não pode aceitar, num contexto de evidente ação omissiva ou comissiva, geradora de prejuízos a terceiro, que possa estar ao largo de qualquer co-responsabilidade do ato administrativo que pratica.

Diante disso, entendeu o Tribunal que o fundamento do valor social do trabalho implica em necessidade de proteção do trabalhador.

No quinto precedente indicado (TST – RR – 6700-51.2009.5.06) não há menção as expressões chave. Trata-se de decisão em que não se considerou o tipo de atividade, se dos fins da empresa contratante ou de meio e não houve discussão ou argumentação com base nos fundamentos constitucionais do valor social do trabalho ou da livre iniciativa.

Na decisão houve a responsabilização de uma empresa pública sobre verbas trabalhistas inadimplidas por empresa contratada para prestação de serviços. Ao contrário do terceiro precedente indicado, para que a empresa contratante fosse responsabilizada foi considerado irrelevante se a atividade prestada se enquadrava nos fins do ente público.

Apesar de não haver menção ao fundamento valor social do trabalho, o TST indicou que decidiu com base “nos princípios protetivos do direito do trabalho” como a “dignidade do trabalhador”. Nas palavras extraídas da própria decisão, indica-se que “o TST buscou resgatar, na edição da Súmula 331 do TST o princípio que

norteia a dignidade do trabalhador mas sem se afastar dos princípios que regem a administração pública”.

Decidiu-se pela responsabilidade subsidiária do Poder Público em face da sua omissão em fiscalizar eventual inadimplência da empresa contratada e, verificada a inadimplência e ausência de atitude da administração pública como, por exemplo, retenção do pagamento à empresa contratada, responsabiliza-se a empresa contratante, ainda que ente público.

No sexto precedente indicado (TST – RR – 67400-67.2006.5.15) não há menção direta às expressões chave.

Destaca-se, porém, que se discutiu o tipo de atividade prestada e se concluiu que a empresa contratada prestava serviços relativos “ a finalidade para a qual existe (...) tem-se, pois, que a execução da obra contratada se afigura como inerente à razão de ser do ente público”.

Dessa forma, o Tribunal entendeu que a atividade exercida pela empresa contratada se amoldou aos fins do Ente Público, ou seja, exerceu atividade-fim desse.

A atividade-fim foi considerada como aquela contida no artigo 6º da Constituição Federal. Nesse artigo são estabelecidos como direitos sociais a “educação, a saúde, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência a desamparados” na forma da Constituição.

Na questão fática relatada pelo Tribunal, a empresa contratada foi uma empresa de construção civil, contratada para realizar uma obra que envolve uma das finalidades do Ente Público contratante que, no caso, foi a Secretaria da Administração Penitenciária.

Nesse sentido, considerando que a empresa contratada realizou uma obra para construção de uma nova penitenciária ou reforma desta (não fica muito claro na decisão), isto certamente envolve segurança, nos termos do artigo 6º da Constituição Federal e, portanto, trata-se de atividade-fim do Ente Público.

Compara-se essa hipótese “a da empresa que constrói uma nova sede ou então uma filial para alcançar a razão da sua existência: o lucro”. Em outras palavras, se o serviço contratado pelo Ente Público for para cumprir a finalidade para a qual ele existe, essa prevista na Constituição Federal, pode-se considerar como atividade-fim.

Da mesma forma ocorre na iniciativa privada, considerando a analogia indicada da “construção da sede”. Considerando-se essa analogia mencionada acima, independentemente da atividade da empresa contratante, se esta precisar construir uma sede que, por óbvio, visa o lucro, essa construção será tida como sua atividade-fim.

Além disso, há na decisão menção ao dispositivo legal que prevê os fundamentos da livre iniciativa e valor social do trabalho, artigo 1º, da Constituição Federal. O contexto decisório que indicou a violação a esse dispositivo foi a exclusão da responsabilidade da Administração Pública sobre as obrigações trabalhistas não cumpridas pela empresa contratada. Desse modo, há violação ao fundamento valor social do trabalho se a Administração Pública se exime da responsabilidade sobre verbas trabalhistas inadimplidas pela empresa contratada. Entender de outra maneira seria admitir fraude a direitos trabalhistas, inclusive quanto ao dispositivo constitucional citado.

No sétimo precedente indicado (TST – RR – 26100-08.2005.5.06) não há menção às expressões chave. A decisão, em suma, aplicou a responsabilidade subsidiária a Administração Pública em contrato inadimplido por empresa contratada para a prestação de serviços.

Não houve discussão sobre o tipo de atividade prestada, se voltada à atividade-fim ou meio da empresa contratante e nem ao menos houve debate sobre os fundamentos da livre iniciativa e do valor social do trabalho.

Destaca-se, porém, a existência na decisão de um argumento com base em princípios, em que se entendeu (em trecho da decisão do Tribunal regional transcrito pelo TST), ao contrário do precedente anterior, que cabe a responsabilidade objetiva da empresa contratante, ainda que Ente Público, considerando “os princípios gerais do direito, dentre eles o que veda o enriquecimento sem causa e, em especial, de proteção ao empregado, hipossuficiente em qualquer relação obrigacional”. Complementou-se, ainda, na decisão, que “não se pode admitir que o trabalhador fique sem a proteção de seus direitos basilares, enquanto a empresa intermediária recebe o pagamento contratual sem repassá-lo àquele e a tomadora adere ao seu patrimônio a força do trabalho não contra prestacionada”.

Ao final, decidiu-se pela responsabilidade subsidiária da Administração Pública por omissão na fiscalização efetiva e na *culpa in eligendo*.

No oitavo precedente (TST – AI-RR – 94-95.2010.5.10) há menção a expressão-chave valor social do trabalho. Trata-se de decisão cujo entendimento foi para reconhecer a responsabilidade subsidiária do Ente Público por verbas trabalhistas inadimplidas por ausência de fiscalização efetiva sobre as obrigações da empresa contratada e ausência de cautela quanto a idoneidade econômico-financeira da empresa que prestou o serviço.

A expressão-chave valor social do trabalho é mencionada em citações que reforçam a decisão, para atribuir a responsabilidade subsidiária do Estado em caso de inadimplência da empresa contratada. Desse modo, respeitar o valor social do trabalho equivale a não deixar o trabalhador desamparado. Se houve a prestação de serviço pelo empregado, todos os envolvidos, seja o contratante ou o contratado, ainda que esse seja Ente Público, devem ser responsabilizados a fim de garantir a percepção do salário pelo empregado.

No nono e último precedente indicado no item V da Súmula 331 do TST (TST – RR – 193800-63.2009.5.12) há menção às expressões chave atividade-fim e valor social do trabalho.

Da mesma forma que nos precedentes anteriores, o Tribunal entendeu que deve haver responsabilidade subsidiária do Ente Público em caso de inadimplência de verbas trabalhistas da empresa contratada.

A expressão valor social do trabalho foi citada para justificar a responsabilização subsidiária do Ente Público em uma “interpretação conforme a Constituição”, juntamente com outras previsões constitucionais que “orientam no sentido de valorização do trabalho humano e da exaltação da dignidade da pessoa humana”.

Desse modo, o valor social do trabalho implica em garantir que, prestado o trabalho, o empregado receberá por isso, seja pela responsabilização direta do empregador ou pela responsabilização subsidiária do Ente Público tomador do serviço, ainda que não haja Lei que estabeleça essa possibilidade, pelo contrário, ainda que haja Lei que exima o Ente Público dessa responsabilidade. No caso, a Lei 8.666/93, art. 71, § 1º.

Havendo Lei que exima o Ente Público da responsabilidade por eventual verba trabalhista inadimplida pelo prestador de serviços, esta deve ser interpretada de acordo com os fundamentos constitucionais, dentre eles o valor social do trabalho e a dignidade da pessoa humana, para que essa isenção não seja absoluta.

Havendo culpa da administração pública, seja na omissão em fiscalizar ou na escolha de prestadores economicamente combalidos, caberá a responsabilidade subsidiária.

Esse foi o contexto em que encaixado o fundamento do valor social do trabalho na decisão. Com relação a expressão atividade-fim, decidiu-se pela existência de vínculo empregatício entre a Administração Pública e o prestador de serviços por este exercer atividade-fim da empresa contratante.

Entendeu-se que o exercício de atividades típicas do tomador de serviços, ainda que não fossem todas as atividades ligadas a atividade-fim, se algumas fossem identificadas, já seria suficiente para o reconhecimento do vínculo empregatício.

No caso fático, entendeu o Tribunal que atividades como conferência de documentos, abertura e conferência de envelopes (com dinheiro), processamento de documentos e conferência de relatórios são atividades típicas da categoria profissional de bancários e, tratando-se de empresa que desenvolve atividades bancárias, a prestação de serviços envolvendo o processamento de envelopes de depósito bancário deve ser considerado como atividade-fim da empresa e, assim, deve ser reconhecido o vínculo empregatício e todos os seus efeitos.

Percebe-se, pelo contexto decisório, que atividade-fim é aquela que envolve ou parte ou o todo, ainda de conferência, nas dependências da empresa contratante, de atividades consideradas “inerentes” ao tipo de trabalho dos empregados da empresa contratante. Nesse sentido, deve-se identificar o tipo de atividade prestada pelos empregados da empresa contratante, se a atividade for similar, ainda que em parte, à atividade prestada pelos empregados da empresa contratada, considerar-se-á como atividade-fim da empresa contratante.

2.1.6 Do item VI da súmula 331 do TST

Neste item, a Súmula 331 do TST estabelece regra sobre as verbas trabalhistas que abrangem a responsabilidade dos entes integrantes da Administração Pública direta e indireta, nos seguintes termos: VI – A

responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral.

São 36 (trinta e seis) os precedentes mencionados no item VI como referência:

1. EEDRR 116440-67.2008.5.02.0083 - Min. Lelio Bentes Corrêa DEJT 01.04.2011 - Decisão unânime
2. EEDRR 47800-51.2007.5.15.0126 - Min. João Batista Brito Pereira DEJT 20.08.2010 - Decisão unânime
3. EEDRR 54400-88.2007.5.15.0126 - Min. Aloysio Corrêa da Veiga DEJT 04.06.2010 - Decisão unânime
4. EEDRR 21885-84.2005.5.20.0011 - Min. Rosa Maria Weber Candiota da Rosa DEJT 30.03.2010 - Decisão unânime
5. ERR 21500-07.2008.5.21.0011 - Min. Maria de Assis Calsing DEJT 19.02.2010 - Decisão unânime
6. EEDRR 95000-71.2006.5.21.0013 - Min. Vieira de Mello Filho DEJT 26.02.2010 - Decisão unânime
7. EEDRR 334500-45.2002.5.12.0016 - Min. Horácio Raymundo de Senna Pires DEJT 11.12.2009 - Decisão unânime
8. EEDRR 4400-70.2003.5.01.0302 - Min. Maria de Assis Calsing DEJT 18.09.2009 - Decisão unânime
9. ERR 32600-15.2006.5.10.0017 - Min. Horácio Raymundo de Senna Pires DEJT 21.08.2009 - Decisão unânime
10. ERR 23400-17.2006.5.10.0006 - Min. Rosa Maria Weber Candiota da Rosa DEJT 07.08.2009 - Decisão unânime
11. EEDRR 80800-12.2006.5.05.0011 - Min. Lelio Bentes Corrêa DEJT 12.06.2009 - Decisão unânime
12. EEDRR 92700-26.2004.5.01.0026 - Min. Horácio Raymundo de Senna Pires DEJT 05.06.2009 - Decisão unânime
13. EEDRR 105400-73.2006.5.12.0053 - Min. Maria Cristina Irigoyen Peduzzi DEJT 22.05.2009 - Decisão unânime
14. ERR 18800-11.2006.5.10.0019 - Min. Guilherme Augusto Caputo Bastos DEJT 06.03.2009 - Decisão unânime
15. ERR 16900-32.2006.5.10.0006 - Min. Maria de Assis Calsing DEJT 05.12.2008 - Decisão unânime
16. EEDRR 28100-28.2007.5.03.0028 - Min. Aloysio Corrêa da Veiga DEJT 17.10.2008 - Decisão unânime
17. ERR 37600-44.2006.5.10.0001 - Min. Horácio Raymundo de Senna Pires DEJT 03.10.2008 - Decisão unânime
18. EEDRR 21740-32.2004.5.10.0014 - Min. João Batista Brito Pereira DJ 19.09.2008 - Decisão unânime
19. ERR 3114200-43.2002.5.09.0900 - Min. Lelio Bentes Corrêa DJ 19.09.2008 - Decisão unânime
20. ERR 15400-80.2006.5.10.0021 - Min. Guilherme Augusto Caputo Bastos DJ 16.05.2008 - Decisão unânime
21. ERR 49800-66.2004.5.20.0004 - Min. Vantuil Abdala DJ 09.05.2008 - Decisão unânime ERR 66700-38.2004.5.15.0013 - Min. Maria de Assis Calsing DJ 09.11.2007 - Decisão unânime
22. EEDRR 30140-87.2005.5.02.0025 - Min. Dora Maria da Costa DJ 19.10.2007 - Decisão unânime
23. EEDRR 134400-56.2003.5.04.0018 - Min. Aloysio Corrêa da Veiga DJ 05.10.2007 - Decisão unânime
24. ERR 441368-08.1998.5.03.5555 - Min. Maria Cristina Irigoyen Peduzzi DJ 06.12.2002 - Decisão unânime

25. ERR 411020-73.1997.5.09.5555 - Min. Maria Cristina Irigoyen Peduzzi DJ 22.11.2002 - Decisão unânime
26. ERR 563273-16.1999.5.04.5555 - Min. Carlos Alberto Reis de Paula DJ 27.10.2000 - Decisão unânime
27. RR 161100-50.2004.5.03.0022, 1ªT - Min. Vieira de Mello Filho DEJT 30.04.2010 - Decisão unânime
28. RR 18100-56.2006.5.10.0012, 2ªT - Min. Renato de Lacerda Paiva DEJT 15.10.2010 - Decisão unânime
29. RR 32500-69.2007.5.15.0087, 2ªT - Min. Guilherme Augusto Caputo Bastos DEJT 15.10.2010 - Decisão unânime
30. RR 15400-22.2006.5.10.0008, 2ªT - Min. Vantuil Abdala DJ 02.05.2008 - Decisão unânime RR 11653-17.2010.5.04.0000, 3ªT - Min. Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira DEJT 28.10.2010 - Decisão unânime
31. RR 462000-79.2008.5.12.0050, 4ªT - Min. Fernando Eizo Ono DEJT 08.10.2010 - Decisão unânime
32. RR 14200-85.2008.5.21.0013, 4ªT - Min. Maria de Assis Calsing DEJT 06.08.2010 - Decisão unânime
33. RR 127240-65.2007.5.04.0009, 5ªT - Min. Emmanoel Pereira DEJT 28.05.2010 - Decisão unânime
34. RR 144700-93.2006.5.12.0036, 6ªT - Min. Horácio Raymundo de Senna Pires DEJT 13.02.2009 - Decisão unânime
35. RR 96040-79.2004.5.01.0057, 7ªT - Min. Pedro Paulo Manus DEJT 03.12.2010 - Decisão unânime
36. RR 113540-76.2009.5.03.0042, 8ªT - Min. Maria Cristina Irigoyen Peduzzi DEJT 01.04.2011 - Decisão unânime

Em face do número elevado de precedentes e considerando que o item VI se refere apenas ao alcance da responsabilidade subsidiária sobre as verbas trabalhistas, serão analisados apenas aqueles precedentes em que há menção a alguma das expressões chave.

No primeiro precedente indicado como referência em que há menção a algumas das expressões chave (EEDRR 21885-84.2005.5.20.0011) há menção à expressão-chave valor social do trabalho.

A única menção a expressão ocorre em uma citação de decisão anterior em que se reconheceu a responsabilidade subsidiária do Ente Público visando o “resguardo à dignidade da pessoa humana, do trabalhador, e aos valores sociais do trabalho (art. 1º, III e IV, da CF)”.

Houve o entendimento de que responsabilizar subsidiariamente aquele que também se beneficiou do serviço prestado e assim garantir que o empregado receba as verbas trabalhistas devidas equivale a valorizar o ser humano e o fazer valer o fundamento do valor social do trabalho.

No precedente EEDRR 92700-26.2004.5.01.0026 há menção a expressão-chave atividade-fim.

O Tribunal entendeu que houve a formalização de um convênio entre o Ente Público e uma associação civil, ou seja, a administração pública cedeu sua atividade-fim a uma associação civil, repassando-lhes verba pública.

Admitiu-se na decisão a possibilidade de alguns serviços públicos essenciais serem prestados por particular em regime de cooperação, mas admitiu-se, também, que caberia à Administração pública exercer um controle finalístico sobre a atuação da sociedade civil considerando o repasse de verbas públicas.

Ademais, destaca-se na decisão que se a Administração Pública não escolhe bem os parceiros e não fiscaliza de forma apropriada o cumprimento do contrato, então incorre em culpa, cabendo, assim, a responsabilidade subsidiária do Ente Público.

Percebe-se, no contexto decisório, que é possível a formalização de convênios entre a Administração Pública e sociedades civis ainda que seja para prestação de serviços envolvendo a atividade-fim dessas, mas essa possibilidade não exime a Administração Pública da responsabilidade subsidiária em caso de inadimplência de verbas trabalhistas.

Na questão fática envolvida, o Tribunal entendeu que “fomentar o programa de saúde (...) gerenciamento técnico do Programa de Saúde da Família na Comunidade, treinar e estimular a educação continuada (...) realizar o acompanhamento e avaliação periódica do trabalho desenvolvido”, equivale ao exercício de atividade-fim do Poder Público Municipal.

No precedente EEDRR 21740-32.2004.5.10.0014 há menção às expressões chave livre iniciativa e valor social do trabalho. Essas expressões foram mencionadas em um mesmo contexto decisório, para indicar que envolve a responsabilidade subsidiária do Ente Público contratante em face de verbas trabalhistas inadimplidas pela empresa contratada.

Destacou-se que a responsabilidade subsidiária “guarda estreita relação com a ordem constitucional de valorizar o trabalho. A valorização do trabalho e da livre iniciativa é fundamento da Constituição da República em seu art. 1º, IV”. Ao valorizar o trabalho, o Tribunal complementou que “ainda que o interesse público tenha supremacia pelo particular, não pode a administração pública beneficiar-se da força humana despendida sem assumir qualquer responsabilidade nas relações jurídicas de que participa”.

Percebe-se, pela decisão, que a valorização do trabalho equivale a remunerar o trabalhador pelo serviço prestado em benefício da administração pública, devendo esta assumir a responsabilidade se a empresa contratada não o fizer. Portanto, ter o trabalho valorizado, é ter o trabalho devidamente remunerado.

No precedente EEDRR 30140-87.2005.5.02.0025 há menção à expressão-chave atividade-meio.

No contexto fático da decisão, atividade prestada é considerada de meio porque se refere a atividade de vigilância e considerando que a empresa tomadora dos serviços se beneficiou do serviço prestado pela empresa contratada (por meio de seus empregados), essa deveria ser responsabilizada subsidiariamente por eventual verba trabalhista inadimplida pela empresa de segurança contratada.

Desse modo, o Tribunal considerou que a terceirização foi lícita explicitando que “ainda que se trate de terceirização lícita de serviços afetos à vigilância (...) restringindo-se o vínculo a prestadora de serviços, a responsabilidade da contratante (...) não pode ser ignorada”.

No precedente RR 32500-69.2007.5.15.0087 há menção à expressão-chave atividade-fim. Trata-se alegação de uma das partes envolvida no processo de que a atividade terceirizada “não guarda correlação com a atividade-fim, razão pela qual deve ser reconhecida sua licitude”, afastando-se a responsabilidade subsidiária.

O TST reproduziu decisão do Tribunal regional que entendeu ter havido benefício econômico à empresa contratante porque os serviços prestados “serviam para melhorar a exploração da atividade empresarial (...) a mão-de-obra do autor converteu-se em lucro para ela” e que sua responsabilidade decorreu da negligência na fiscalização do cumprimento das obrigações trabalhistas pela empresa prestadora de serviços. No caso fático, a empresa prestadora dos serviços laborava na manutenção eletromecânica, de montagem e manutenção industrial.

De acordo com a decisão, tais atividades serviam para “melhorar a exploração da atividade empresarial”, não se enquadrando, portanto, na própria atividade prestada, mas, sim, de melhoria da atividade prestada.

O Tribunal entendeu como serviço terceirizado especializado, não o enquadrando nos fins da empresa contratante.

Assim, a manutenção dos equipamentos que serviam para a finalidade da empresa contratante foi considerada como atividade-meio. No precedente RR 96040-79.2004.5.01.0057 há menção à expressão-chave atividade-fim.

Houve alegação de uma das partes envolvidas de que a atividade prestada pela empresa contratada era de meio e não vinculada aos fins da empresa contratante e, assim, não teria previsão legal para que a empresa contratante fosse responsabilizada de forma subsidiária por eventual inadimplência da empresa contratante.

O argumento não foi analisado na decisão por critérios técnicos processuais. Não houve relatório sobre a questão fática envolvida. Não há subsídios na decisão para extrairmos qualquer definição dada à atividade-meio.

Percebe-se, porém, que o Tribunal não considerou o argumento lançado (sobre a licitude da terceirização) e manteve a responsabilidade subsidiária da empresa contratante considerando responsabilidade objetiva do tomador de serviços, sobre todas as verbas inadimplidas.

Além disso, considerou que a questão debatida envolve apenas aspectos infraconstitucionais e qualquer violação constitucional seria indireta.

2.2. Análise Quantitativa

As expressões chave foram mencionadas em 31 precedentes, sendo diretamente em 16 e indiretamente em 15 e as expressões mais mencionadas foram atividade-fim e atividade-meio, conforme a tabela abaixo:

Tabela 1 - quantidade de menções às expressões chave

Expressões chave	Quantidade
Atividade-fim	11
Direta	6
Indireta	5
Atividade-meio	11
Direta	4
Indireta	7
Livre iniciativa	2
Direta	1
Indireta	1
Valor social do trabalho	7
Direta	5
Indireta	2
Total Geral	31

Fonte: Produção do próprio autor, (2016).

Percebe-se, pela tabela 1, que a palavra-chave menos mencionada foi a livre iniciativa, ainda que, da mesma forma que o valor social do trabalho, houvesse previsão constitucional (na CF 1967, artigo 157, I). O sentido dado à esta expressão, quando mencionada, foi uma menção direta genérica e uma menção indireta, indicando que somente se poderia restringir a atividade da empresa interposta se houvesse previsão legal (tabela 5). A primeira menção ocorreu em 1989, após a promulgação da Constituição de 1988, em que há previsão da livre iniciativa como um fundamento constitucional no artigo 1º, IV. Os itens da Súmula 331 do TST que tiveram a maior quantidade de citações das expressões chave foram os itens III e VI:

Tabela 2 - menções às expressões chave por itens

Contagem de Expressão-chave	Itens da Súmula 331						Total Geral
	I	II	III	IV	V	VI	
Expressões chave							
Atividade-fim		2	1	4	2	2	11
Atividade-meio		3	4	2		2	11
Livre iniciativa			1			1	2
Valor social do trabalho		1	1		3	2	7
Total Geral		1	5	7	6	5	7
							31

Fonte: Produção do próprio autor, (2016).

Os anos que tiveram mais menções foram as decisões disponibilizadas em 1993 e 2010:

Tabela 3 - menções por ano

Contagem de Item Expressões chave	Anos									
	1984	1989	1992	1993	2007	2008	2009	2010	2011	Total Geral
Atividade-fim		1	1	1			2	4	2	11
Atividade-meio		1	1	5	1		1	2		11
Livre iniciativa		1				1				2
Valor social do trabalho	1			1		1		1	3	7
Total Geral	1	3	2	7	1	2	3	7	5	31

Fonte: Produção do próprio autor, (2016).

A expressão-chave valor social do trabalho foi a primeira a ser mencionada nos precedentes analisados (tabela 3). A menção ocorreu em 1984, quando vigia a Constituição de 1967. Nesta Constituição havia a previsão da valorização do trabalho como dignidade humana (artigo 157, II). O sentido dado a expressão foi para que o trabalho não fosse considerado como mercadoria, ou seja, o fundamento

do valor social do trabalho foi considerado como corrompido quando “se equipara o trabalho a uma mercadoria”.

Naquele contexto decisório, em 1984, não houve menção às expressões atividade-meio, atividade-fim ou livre iniciativa e foi considerada ilícita qualquer forma de terceirização, considerando que terceirizar equivalia a “tratar o trabalho como mercadoria”. O simples ato de terceirizar ou de haver uma empresa interposta já foi considerado como ato ilícito.

As expressões chave tiveram 15 menções indiretas e as expressões análogas utilizadas em cada expressão-chave foram estas:

Tabela 4 - Expressões Análogas à Expressões chave

Expressões chave
Atividade-fim
Atividade vinculada ao objeto social
Convergente com os fins empresariais
Finalidade para a qual existe
Conforme Lei 5.645/70
Conforme previsão legal
Atividade-meio
Hipóteses da Lei 5.645/70
Lei 5.645/70
Serviços indiretos
Tarefas executivas
Livre iniciativa
Restrição somente prevista em Lei
Valor social do trabalho
Inconveniência social
Questão social

Fonte: Produção do próprio autor, (2016).

Em 1989 houve menção às três outras expressões chave: livre iniciativa, atividade-meio e atividade-fim. Nesse momento decisório foi considerado que não havendo restrição legal somente pode ser desconsiderada o caráter de empregador de uma empresa interposta se houver previsão legal. Parte-se da premissa que deve ser considerado ilegal a negativa da existência das empresas interpostas, se estas

estivessem legalmente constituídas e não estivesse caracterizada nenhuma fraude a Legislação trabalhista.

Destacou-se que, na decisão, “que cabe a justiça do trabalho garantir os direitos trabalhistas a esses trabalhadores, mas não cabe criar uma entidade que englobe todo e qualquer trabalhador que lhe preste serviços”. A partir desse momento decisório, percebe-se que ocorrem mais menções das expressões chave atividade-meio e atividade-fim nas decisões, inclusive para destacar previsões legais que estabelecem a possibilidade de se terceirizar “atividades indiretas” e “atividades executivas” nos termos da Lei 5.645/70⁹⁰.

Essa Lei, ainda em vigor, estabelece “diretrizes para a classificação de cargos do Serviço Civil da União e das autarquias federais e dá outras providências”. Trata-se de Lei que regula a classificação dos cargos no serviço público. No seu parágrafo único, artigo 3º, havia a previsão, revogada pela Lei nº 9.527 de 1997, de execução indireta das seguintes atividades: transporte, conservação, custódia, operação de elevadores, limpeza e outras assemelhadas. Essas atividades foram mencionadas como de atividade-meio em alguns precedentes.

Já as atividades tidas como de fim foram aquelas consideradas como de planejamento, coordenação, supervisão e controle, estas contidas no Decreto Lei nº 200/67, artigo 10, § 7º, ainda em vigor, que trata “da Descentralização” da Administração Federal.

Desse modo, o sentido das expressões atividade-meio e atividade-fim foram extraídos de regramento previsto para a Administração Federal, ou seja, de regramento que autorizava a contratação de empresas interpostas pela Administração Pública.

Portanto, existe autorização legislativa para que as atividades de mera execução ou indiretas sejam terceirizadas, ao contrário das atividades voltadas ao gerenciamento. Ainda que a legislação infraconstitucional, que autorizou a terceirização na Administração Pública, seja anterior aos precedentes analisados (1967 e 1970), percebe-se que somente foram mencionadas essas legislações nos precedentes do item III da Súmula, a partir de 1992. O sentido dado às expressões chave foram bem diversificados, conforme pode-se perceber na tabela abaixo:

⁹⁰ Essa Lei autorizou a terceirização de mão de obra no serviço público nas atividades relacionadas a transporte, conservação, custódia, operação de elevadores, limpeza e outras assemelhadas, preferencialmente de execução indireta.

Tabela 5 - Sentido às expressões chave

Expressões chave
<p>Atividade-fim</p> <p>Atividade vinculada ao objeto social Imprescindível para manutenção e expansão</p> <p>Convergente com os fins empresariais Responsável por 90% do faturamento, participação em parcela mundial, tipo de atividade similar</p> <p>Finalidade para a qual existe Razão de ser da empresa contratante</p> <p>Lei 5.645/70 Atividades de planejamento, coordenação, fiscalização e controle.</p> <p>Previsão legal Atividades de planejamento, coordenação, fiscalização e controle.</p> <p>Atividade-fim Fomentar, gerenciar e acompanhar programas de saúde de município Menção genérica Menção genérica, houve exclusão da atividade-fim por identificação da atividade-meio Não houve análise do tipo de atividade na decisão do Tribunal Parte ou todo da atividade inerente do tipo de trabalho dos empregados Serviço de apoio</p>
<p>Atividade-meio</p> <p>Hipóteses da Lei 5.645/70 Exceto atividades de planejamento, coordenação, fiscalização e controle. Vigilância, conservação, custódia e assemelhados.</p> <p>Lei 5.645/70 Exceto atividades de planejamento, coordenação, fiscalização e controle.</p> <p>Serviços indiretos Transporte, limpeza, custódia, operação de elevadores, limpeza e assemelhadas</p> <p>Tarefas executivas Exceto atividades de planejamento, coordenação, fiscalização e controle.</p> <p>Atividade-meio Atividade de vigilância Melhorar a exploração da atividade empresarial Menção genérica Montar veículos, realizar a manutenção de computadores, atividade de limpeza, atividade essencial diferente da atividade-fim Vigilância, limpeza e serviços especializados.</p>
<p>Livre iniciativa</p> <p>Restrição somente prevista em Lei Empresas interpostas devem ser consideradas empregadoras, fraude deve estar prevista em Lei</p> <p>Livre iniciativa Menção genérica</p>
<p>Valor social do trabalho</p> <p>Inconveniência social Empresas interpostas causam inconveniência social</p> <p>Questão social O trabalho não é mercadoria</p>

Valor Social do Trabalho

Não deixar o trabalhador desamparado

Preocupação social, proteção do trabalhador

Proteger o trabalhador, não lhe onerar por problemas empresariais

Remunerar o trabalhador pelo serviço prestado

Fonte: Produção do próprio autor, (2016).

Assim, pode-se extrair três principais conclusões parciais: o fundamento da livre iniciativa foi pouco explorado nas análises, a legislação infraconstitucional que autorizou a terceirização de atividades indiretas aplica-se à Administração Pública, não à iniciativa privada e as definições de atividade-fim e meio foram principalmente extraídas da legislação que autorizou a terceirização na Administração Pública, sendo atividade-fim aquelas de planejamento, coordenação, fiscalização e controle e atividade-meio aquelas de execução, indiretas, como transporte, limpeza, custódia, operação de elevadores, limpeza e assemelhadas.

3. ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA – TOULMIN

Stephen E. Toulmin é um autor prolífico que possui uma obra principal sobre argumentação escrita em 1958, denominado de “os usos dos argumentos” com intenções “radicais”⁹¹ (segundo ele próprio), a fim de levantar problemas sobre lógica na avaliação do dia-a-dia, de verificar ligações entre os cânones e métodos que usamos nas relações entre os homens, preocupando-se com a prática e em como avaliamos de fato a solidez, a força e o caráter conclusivo de argumentos⁹².

Nessa obra, o autor busca complementar a lógica dedutiva, a lógica técnica de Aristóteles, alegando que a lógica é algo que tem relação com a maneira como os homens pensam, argumentam e efetivamente inferem⁹³. Não se trata de um ataque àquela forma de raciocínio lógico, mas de uma adequação para fora do formalismo puro. Do ponto de vista moral, Toulmin “voltou-se contra o conceito de moral como um fenômeno que, na melhor das hipóteses, pode ser explicado em termos psicológicos”⁹⁴ e tem como questão central saber se uma conclusão moral, por exemplo, possui boas razões de fato⁹⁵ que a justifiquem.

Para tanto, Toulmin se vale de regras de inferência, aproximando-se de teóricos realistas⁹⁶, ao admitir que “provamos que são aceitáveis conclusões a que já chegamos, porque nos mostramos capazes de justificar nossas conclusões”. Isto demonstra o caráter pragmático do que pretendeu o autor, ao analisar e fornecer uma estrutura de análise da lógica a ser extraída das interações humanas.

A teoria de Stephen Toulmin permite uma “pluralidade de pretensões de validade”, esforçando-se para apoiar uma pretensão com boas razões⁹⁷. A

⁹¹ Toulmin, Stephen Edelston. Os usos do argumento. Tradução de Reinaldo Guarany. 2ª ed. – São Paulo : Martins Fontes, 2006, Prefácio, 1ª edição.

⁹² *Ibid.*, *op. Cit.* , p. 2.

⁹³ ATIENZA, Manoel. As razões do direito: teorias da argumentação jurídica. São Paulo: Landy, 2003, p. 93.

⁹⁴ Alexy, Robert. Teoria da Argumentação Jurídica: teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva. 3ª Ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 86.

⁹⁵ *Ibid.*, *op. Cit.* , p. 86.

⁹⁶ Como exemplo, citamos Alf Ross, que considera que “uma vez estabelecida a conclusão o juiz encontra uma adequada argumentação ideológica jurídica que justifique sua decisão”. Ross, Alf. Direito e Justiça. Bauru, SP: EDIPRO, 2000, p. 69.

⁹⁷ *Ibid.*, *op. Cit.* , p. 86.

localização de critérios de inferência e de suas razões dependem “da função particular que devem preencher num contexto social determinado”⁹⁸.

Para isso, deve ser analisada a lógica dos argumentos que realmente existem, por isto a necessidade da avaliação prévia conforme o Capítulo II. Em outras palavras, a análise desse Capítulo foi necessária para identificação do contexto decisório e os argumentos lógicos que realmente existem nos precedentes, para então se identificar a “força” dos argumentos.

A análise do Capítulo II se refere à estrutura do argumento que envolve proposições, sendo que um argumento contra uma proposição é um argumento a favor de uma proposição que a contradiga e, por isto, a indicação de expressões chave como referência da análise do Capítulo II. Um argumento a favor da proposição que identifica uma atividade-meio é uma proposição contrária a que identifica uma atividade-fim e vice-versa. Da mesma forma com as outras expressões chave.

Desse modo, a análise com base na argumentação jurídica de Toulmin possibilitará a identificação das razões que justificam as asserções sobre atividade-meio, atividade-fim, livre-iniciativa e valor social do trabalho. Isto para um aprofundamento e identificação das regras de eventual discurso moral⁹⁹ “que caracterizam determinadas asserções de fato”¹⁰⁰. Robert Alexy, considera que a teoria de Toulmin não é suficiente, em seu conjunto, para uma teoria do discurso prático, mas destaca algumas contribuições úteis da teoria de Toulmin, que também servirão para justificar a utilização desta nesta análise:

1. Existem regras de discurso moral que caracterizam determinadas asserções de fato como boas razões para certas valorações;
2. Paralelo entre informações diretas de experiências e sentimentos morais por um lado e os juízos científicos e morais desenvolvidos por outro;
3. Utiliza-se primeiro de regras morais existentes para passar a sua crítica somente em um segundo momento, ou seja, a argumentação moral está ligada ao material normativo histórico;
4. Fornece informações interessantes sobre a estrutura das premissas usadas no processo de fundamentação, ou seja, compreende-se que algum tipo de premissa ou regra tem de ter pressuposto;
5. Distingue diferentes formas e níveis de argumento;

⁹⁸ ALEXY, Robert. Teoria da Argumentação Jurídica: teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva. 3ª Ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 112.

⁹⁹ Discursos morais serão avaliados apenas nos aspectos atinentes à argumentação segundo o esquema do marco teórico.

¹⁰⁰ *Ibid.*, op. Cit., p. 96.

6. Análise de funções ou finalidades das regras do jogo de linguagem.¹⁰¹

A seguir explicaremos o que Alexy quis dizer com os itens mencionados acima.

No item 1 há menção à existência de regras de discurso moral que caracterizam determinadas asserções de fato como boas razões, isto quer dizer que os princípios morais possuem conteúdo normativo que podem ter regras lógicas de análise.

No item 2 há destaque à possibilidade de explicação das regras morais. Para tanto, Toulmin se vale de uma analogia à física com o seguinte exemplo: “um bastão inserido na água parece curvado ou quebrado”, isto pode ser encarado como algo surpreendente, mas cabe à explicação científica tornar isso em algo esperado. Desse modo, a proposição “o bastão parece curvado” (que parte da experiência), é transformado em um juízo científico totalmente desenvolvido explicativo das razões pelas quais o bastão aparenta estar curvado, identificando-se que se trata apenas de uma ilusão de óptica¹⁰².

A análise completa, ou seja, um juízo completamente desenvolvido, resulta “da elaboração de todo material relevante de acordo com regras específicas”¹⁰³ disponíveis.

No item 3, Alexy destaca a observação de Toulmin de que devem ser analisadas as normas morais existentes em um primeiro momento, isto indica a necessidade de uma certa coerência na análise, sem se ignorar os fatores históricos que resultam na norma posta.

No item 4, destaca-se a estrutura das premissas. Trata-se da indicação de que devem haver certos pressupostos para ocorrer a argumentação, ou seja, deve haver determinada concordância entre os falantes para não se questionar premissas básicas.

Manuel Atienza, ao contrário de Alexy, não associa o discurso prático (ou razão prática¹⁰⁴) à teoria de Toulmin, mas, sim, associa-a à análise de interações humanas¹⁰⁵.

¹⁰¹ *Ibid.*, *op. Cit.*, p. 96 e 97.

¹⁰² *Ibid.*, *op. Cit.*, p. 87.

¹⁰³ *Ibid.*, *op. Cit.*, p. 97.

¹⁰⁴ Posner entende que a razão prática é “movida por preocupações relativas à ação ao contrário dos métodos da “razão pura” através dos quais determinamos se uma proposição é verdadeira ou falsa,

Atienza, considera que a teoria de Toulmin cumpriu um papel importante para análise mais pragmática da argumentação jurídica, inclusive comparando a teoria argumentativa de Toulmin com o pragmatismo de John Dewey¹⁰⁶.

Esta comparação e a similaridade entre as teorias de Toulmin e Dewey (admitida por Toulmin em entrevista dada em 1993¹⁰⁷), trazem algumas questões que elucidam ainda mais o aspecto pragmático da teoria argumentativa desse autor e, por conta disto, exploraremos um pouco mais o pragmatismo de Dewey.

Dewey acreditava que os princípios estão, em última instância, subsumidos aos fatos, em vez do contrário, e que as consequências (empiricamente observáveis) são fatores de garantia e sanção desses princípios. Além disso, admitia o autor, que não se pode separar o conhecimento do seu contexto de operação e que a lógica formal não pode ser vista como autossuficiente, dissociada (por vezes muito acima) do mundo da experiência¹⁰⁸.

Nessa seara, segundo Dewey, o conhecimento não pode ser visto como algo estranho ao momento em que foi concebido e da situação em que foi aplicado. Isto mostra a aproximação da teoria de Toulmin com o pragmatismo de Dewey¹⁰⁹.

Pode-se notar certa semelhança da teoria racional de Toulmin com a teoria prescritivista de Richard Hare, no ponto em que esses autores se voltam contra “o conceito de moral como um fenômeno que, na melhor das hipóteses, pode ser explicado em termos psicológicos”¹¹⁰, tratam também de conceitos morais com análise de suas propriedades lógicas e conceitos da linguagem moral. Nota-se certa semelhança, ainda, na consideração do utilitarismo (não em termos psicológicos) e

ou se um argumento é válido ou inválido. A razão prática implica a criação de um objetivo – o prazer, o bem-viver etc. – e a escolha dos meios adequados para alcançá-los”. Posner, Richard A. Problemas de filosofia do direito. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007. P. 95.

¹⁰⁵ Tal posicionamento é controverso, considerando que a teoria de Toulmin se coaduna com a razão prática, principalmente em face da sua coincidência com o pragmatismo de John Dewey.

¹⁰⁶ ATIENZA, Manuel y JIMENEZ, Manuel. “Entrevista a Stephen E. Toulmin”. Doxa, num.13. 1993

¹⁰⁷ *Ibid.*, op. Cit., p. 347.

¹⁰⁸ WALL, Cornelis de. Sobre Pragmatismo. Trad. Cassiano Terra Rodrigues. São Paulo: Edições Loyola, 2007. P. 162 a 203.

¹⁰⁹ *Ibid.*, op. Cit., p. 162 a 203.

¹¹⁰ ALEXY, Robert. Teoria da Argumentação Jurídica: teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva. 3ª Ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 86.

na tentativa de demonstrar uma racionalidade moral, cuja decisão deve ser tomada com base na lógica e nos fatos¹¹¹.

A principal diferença entre os autores reside na forma como se deve empregar a lógica nas regras valorativas de inferência¹¹². Toulmin rechaça a ideia de se considerar exclusivamente a lógica formal¹¹³, ainda que não a desconsidere, nas análises argumentativas e de significado, pois sugere a impossibilidade de fuga do primeiro olhar enviesado das pessoas nas análises morais, ou seja, considera que se trata da natureza humana realizar juízos morais previamente e, posteriormente, haver a tentativa de justificação desse juízo prévio, sendo necessária a investigação da lógica dos argumentos que realmente existem. Ao contrário de Hare, aquele autor admite a existência de lógica nos juízos de probabilidade ou quase silogismos, ou seja, lógica de juízos morais, esta diferente da lógica analítica.

Toulmin defende esse posicionamento no “teste do evidente por si mesmo”, dizendo que “quase nenhum” e “quase todos” podem ser classificados como analíticos tanto quanto os argumentos “todos” ou “nenhum”¹¹⁴.

Robert Alexy considera essa controvérsia entre os autores (Hare e Toulmin) uma pseudodiscussão, ainda que seja importante, porque ambas as alternativas são possíveis¹¹⁵.

A teoria de Toulmin oferece um processo racional com critérios de verificação da correção material dos argumentos. Segundo Atienza, trata-se de um esquema de argumentação correto¹¹⁶, indo além da lógica formal em diversos sentidos¹¹⁷, da

¹¹¹ FREITAS FILHO, Roberto. *Decisões jurídicas e teoria linguística*, 2008. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/160456/Decisoes_juridicas_teorias_linguistica.pdf?sequence=3>. Acesso em 27 de outubro 2016.

¹¹² *Ibid.*, *op. Cit.*, p. 94.

¹¹³ *Ibid.*, *op. Cit.*, p. 90.

¹¹⁴ TOULMIN, Stephen Edelston. *Os usos do argumento*. Tradução de Reinaldo Guarany. 2ª ed. – São Paulo: Martins Fontes, 2006, Prefácio, 1ª edição. P. 189.

¹¹⁵ ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica: teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva. 3ª Ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 94.

¹¹⁶ Não entraremos no mérito da correção do argumento por não ser objeto deste trabalho. Consideraremos como suficiente a opinião de ALEXY e ATIENZA sobre a correção da teoria de TOULMIN.

¹¹⁷ ATIENZA, Manoel. *As razões do direito: teorias da argumentação jurídica*. São Paulo: Landy, 2003, p. 112.

mesma forma considera Alexy¹¹⁸, ainda que apresente algumas críticas que serão exploradas mais adiante.

O método proposto por Toulmin pode ser considerado como “empírico-definitório”¹¹⁹, ou seja, pode ser descritivo considerando que se pode chegar às suas regras “por meio de uma descrição da prática da argumentação racional” e pode ser definidor, “porque caracteriza um dos numerosos jogos de linguagem existentes faticamente como do âmbito da moral e nega esta propriedade a todos os demais jogos de linguagem”¹²⁰.

Por causa desse caráter definitório, Toulmin foi criticado por Robert Alexy que ressaltou que o jogo de linguagem descrito por Toulmin “propôs apenas uma de várias definições possíveis de argumentação moral”. Porém, a despeito disso, não se pode negar que Toulmin oferece uma fórmula para descoberta de regras dos jogos de linguagem a partir de suas funções e finalidades verificadas no contexto decisório¹²¹.

Desse modo, por ser um método considerado como correto, que oferece ferramentas com regras específicas para análise da estrutura de premissas e desenvolvimento de juízos morais, utilizaremos o processo de análise de Toulmin para verificação da lógica contida nas argumentações dos precedentes da Súmula 331, principalmente do ponto de vista interno (coerência interna), cujo contexto decisório foi identificado no Capítulo anterior.

Toulmin estabeleceu alguns critérios para análise argumentativa das decisões e esses critérios devem estar conectados a fim de formar um todo inseparável. O autor compara a análise de decisões com um organismo vivo, dizendo que há uma estrutura bruta, anatômica e outra fina, fisiológica e é na forma fina que se encontra a lógica, em que é possível expor o argumento em detalhes e é neste ponto que a validade dos argumentos deve ser estabelecida ou refutada¹²².

¹¹⁸ ALEXY, Robert. Teoria da Argumentação Jurídica: teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva. 3ª Ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 94 a 99.

¹¹⁹ ATIENZA, Manoel. As razões do direito: teorias da argumentação jurídica. São Paulo: Landy, 2003, p. 95.

¹²⁰ *Ibid.*, op. Cit, p. 95.

¹²¹ *Ibid.*, op. Cit. , p. 96.

¹²² TOULMIN, Stephen E. Os usos do argumento. Trad. Reinaldo Guarany. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 135.

A refutação proposta pelo autor se assemelha à “problematização” de Karl Popper: identifica-se o problema, tenta resolvê-lo, aprende-se com os erros. Traz, portanto, o processo racional de “problemas – teorias – críticas” à refutação possível nas análises¹²³.

Toulmin faz uma analogia à jurisprudência a fim de identificar quais as questões que devem ser analisadas para se chegar a uma forma padrão imparcial de análise, um *layout* logicamente imparcial aplicável de forma universal, basicamente uma fórmula de análise.

Diante disso, o autor rechaça o *layout* da lógica aristotélica, chamando-a de simplista (em que pese ressaltar a importância da simplicidade, mas neste caso admite que é muito simples) por conter apenas três proposições: premissa maior, premissa menor e conclusão¹²⁴.

A analogia à jurisprudência, mencionada acima, relaciona a “boa jurisprudência” ou, nas palavras do próprio autor:

(...) el mejor ejemplo de razonamiento práctico, elevado a la forma de una actividad intelectualmente seria y profundamente reflexiva (...) la lógica, en el sentido de una explicación general del razonamiento y la racionalidad, debería operar buscando el mismo nivel de sofisticación formal y de reflexividad humana que la mejor jurisprudencia alcanza¹²⁵.

Percebe-se que o autor relaciona a lógica das interações humanas à jurisprudência generalizada, mas explica que entende “jurisprudência generalizada” como sendo aquela jurisprudência sofisticada, reflexiva, com um certo comprometimento com a seriedade da questão debatida e, portanto, merecedora de uma profunda reflexão, conforme citação acima.

Essa reflexividade pode ser explicada utilizando-se do pragmatismo de Dewey. Este sugere que a reflexão se dá quando há uma indeterminação, quando surgem respostas conflitantes e somente seguimos em frente quando esse conflito é resolvido. A reflexão ocorre quando há alguma coisa que importa e há uma discordância sobre ela (em um “mundo sem problemas, não haveria

¹²³ POPPER, Karl. O mito do contexto. Lisboa, Portugal: Edições 70, 1996, p. 130.

¹²⁴ TOULMIN, Stephen E. Os usos do argumento. Trad. Reinaldo Guarany. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

¹²⁵ (...) o melhor exemplo de racionalidade prática, elevada a forma de uma atividade intelectualmente séria e profundamente reflexiva (...) a lógica, no sentido de uma explicação geral de raciocínio e racionalidade, deveria operar buscando o mesmo nível de sofisticação e de reflexividade humana que a melhor jurisprudência alcança. Tradução livre. ATIENZA, Manuel y JIMENEZ, Manuel. “Entrevista a Stephen E.Toulmin”. Doxa, num.13. 1993, p. 341.

pensamento”¹²⁶), chegando-se a conclusão em um ato experimental, que pode se mostrar bem-sucedido ou não.

Portanto, com base em Dewey e em complemento ao descrito por Toulmin, a jurisprudência generalizada denota ser aquela que, diante de uma situação indeterminada, adapta-se criativamente ao problema surgido a fim de obter uma solução do que pode ou deve ser feito, com uma reflexão profunda sobre o assunto, intelectualmente honesta.

Ocorre que a resolução de uma situação indeterminada demanda uma conclusão e Toulmin considera que os critérios principais envolvidos nessa produção de argumentos, para se chegar à conclusão, podem ser estabelecidos da seguinte forma: conclusão (C), dados (G) e garantias (W)¹²⁷.

Esses critérios gerais podem facilmente se confundir com a lógica formal questionada por Toulmin sendo, por exemplo, a garantia uma premissa maior, os dados uma premissa menor e conclusão. Porém, o autor estabelece critérios de validação das conclusões que superam a lógica formal através de condicionantes de qualificação (Q) e refutação (R)¹²⁸.

Além disso, deve-se destacar o respaldo (B) da garantia (W), esse necessário quando esta é questionada, também como um diferenciador da lógica formal caracterizada pela premissa maior, menor e conclusão.

¹²⁶ WALL, Cornelis de. Sobre Pragmatismo. Trad. Cassiano Terra Rodrigues. São Paulo: Edições Loyola, 2007. p. 160.

¹²⁷ TOULMIN, Stephen E. Os usos do argumento. Trad. Reinaldo Guarany. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006:

I) C - Alegação ou conclusão (claim) - é ao mesmo tempo o ponto de partida e de chegada da argumentação. É aquilo que pretendemos afirmar, cujo mérito pretende-se estabelecer no decurso da argumentação.

II) D - Dados (data) - são os fatos ou informações aos quais recorreremos como fundamento para alegação que estamos defendendo.

III) W - Garantia (warrant) - são proposições gerais que servem como ponte entre os dados e a conclusão, de forma incidental e explanatória, para mostrar a pertinência e legitimidade em se passar dos dados à conclusão apresentada.

IV) B - Apoio (backing) - são “avais” das garantias, que garantem a validade, relevância e vigência destas. Podem variar consideravelmente de acordo com o campo da argumentação.

V) Q - Qualificadores modais (qualifiers) - são referências ao grau de força que os dados conferem à alegação, tendo em conta a garantia. São exemplos: necessariamente, provavelmente, presumivelmente.

VI) R - Condições de refutação (conditions of rebuttal): são circunstâncias nas quais se afasta a autoridade geral da garantia. Afastam a aplicabilidade da garantia no caso, refutando a conclusão garantida.

¹²⁸ TOULMIN, Stephen E., RIEKE, Richard e JANIK, Allan. An introduction to reasoning. Nova York, MacMillan, 1ª Edição, 1984, p. 95.

Essas condicionantes serão os principais agentes da lógica de Toulmin, sem que a lógica tradicional perca seu valor, mas que seja complementada a fim de se obter um resultado mais adequado às interações humanas.

Desse modo, complementam o esquema geral de Toulmin os critérios de análise de qualificação (Q), Refutação (R) e Respaldo (B).

Partindo-se do esquema geral, pode-se distinguir os critérios estabelecidos no processo de análise de Toulmin para se chegar a um esquema lógico de análise das interações humanas, tendo como referência a jurisprudência como algo que reflete a lógica social.

Conforme já mencionado, Toulmin se aproxima da corrente realista que parte da conclusão para então proceder à construção do argumento. Nessa linha, inicia-se um argumento pelo CLAIM (conclusão), que é equiparado ao resultado do julgamento. Julga-se favorável ou desfavorável, decide-se que pode ou não pode.

Porém, esse pode ou não pode tem vários sentidos implícitos. Neste ponto cabe uma pergunta feita pelo autor ao explorar esse termo modal: “em que circunstâncias usamos esse verbo modal específico, e o que entendemos quando o ouvimos usado por alguém”¹²⁹.

O termo modal “não pode” indica diversos significados, dentre eles, a impossibilidade física. Por exemplo, a impossibilidade de alguém levantar um carro sozinho, usando apenas seu corpo. Outra situação seria a impossibilidade de colocar uma grande quantidade de pessoas em um ambiente pequeno.

Também pode ser utilizado como impossibilidade diante de uma regra de etiqueta existente, como exemplo, seria dizer que não se pode cortar o macarrão, deve-se enrolá-lo no garfo. Trata-se de uma impossibilidade diante de uma regra de etiqueta.

Uma impossibilidade diante da confusão entre gêneros ao chamar uma pessoa do sexo masculino de “ela”. O risco neste caso seria não ser compreendido diante de uma indicação equivocada. Há consenso de que a irmã de alguém é do sexo feminino e não se pode chama-la de ele, sob pena de não ser compreendido.

Além disso, não se pode fumar na cabine de não-fumantes de um trem, por exemplo. Neste impedimento se torna implícita alguma regra que impeça o fumante

¹²⁹ TOULMIN, Stephen E. Os usos do argumento. Trad. Reinaldo Guarany. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 32.

de fumar. Não há uma impossibilidade física ou prática. Trata-se de uma infração a algum regulamento. Toulmin traz o sentido implícito na observação como “sendo os estatutos como são, o senhor não pode fumar nesta cabine, *Sir* – se fumar, cometerá uma contravenção contra os estatutos e uma ofensa contra os demais passageiros”¹³⁰.

A impossibilidade moral, por exemplo, de se expulsar um filho de casa sem dinheiro. Trata-se de uma questão moral que poderia ser explicitada no sentido de que havendo entre o pai e o filho uma relação paternal, seria errado manda-lo embora sem um tostão¹³¹.

Toulmin esclarece que poderiam ser dados inúmeros outros exemplos de impossibilidades físicas, linguísticas, delitos legais, ofensas morais, procedimentos judiciais, incongruências conceituais e impossibilidades matemáticas. Mas entende como suficientes essas demonstrações de impossibilidades práticas, físicas, linguísticas e de procedimentos, ou seja, impossibilidades não-formais, diferentemente das impossibilidades formais¹³².

A força do “não pode” envolve critérios, com “uma injunção geral implícita”. Dizer que não se pode fazer algo demanda excluir outra coisa e para isto são necessários critérios, padrões, bases e razões, ou seja, só podemos dizer que algo “não pode” ser feito se apresentarmos bases ou razões para isso¹³³.

Dessa maneira, Toulmin diferencia *força de critério*, este é um padrão de referência que é utilizado para se descartar algo, para se dizer que algo não pode ser feito. Já a *força* se refere ao fundamento da decisão em se descartar algo, que deve ser aceito como um bom motivo¹³⁴, justifica-se a rejeição ou recomenda-se a aceitação.

Os critérios para se julgar se um aspirador de pó é bom, por exemplo, podem ser a quantidade de poeira aspirada por eletricidade consumida, este critério pode ser considerado como um bom critério justificador. Os critérios mudam, mas a força será sempre a mesma, até por conta da própria semelhança da expressão “não pode”, utilizada em diversos contextos.

¹³⁰ TOULMIN, Stephen E. Os usos do argumento. Trad. Reinaldo Guarany. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 41.

¹³¹ *Ibid.*, op. Cit. , p. 41.

¹³² *Ibid.*, op. Cit. , p. 33.

¹³³ *Ibid.*, op. Cit. , p. 43.

¹³⁴ *Ibid.*, op. Cit. , p. 46.

Portanto, ao se concluir que algo não pode ser feito, estaremos excluindo a possibilidade de fazê-lo, da mesma forma que se exclui em qualquer situação em que se utiliza uma expressão modal de impossibilidade. Mas os critérios que são utilizados para se entender como impossível algo variam conforme o campo. Utiliza-se critérios diferentes para rejeição de um aspirador de pó, por exemplo.

Desse modo, a conclusão (*Claim*) será um julgamento com base em critérios em que serão dados valores que definirão a possibilidade ou não de ser feito.

As razões (*Grounds*) ou dados, serão os fatos, as provas e/ou as evidências envolvidas no julgamento.

Para este trabalho específico, nos ateremos às razões em um processo judicial: os “fatos que integram o caso concreto da norma aplicável ao caso discutido”¹³⁵. A conclusão pura, conforme exposto acima, indicando que algo é bom, por exemplo, não pode ser considerada um argumento. Os dados de apoio (G) juntamente com a conclusão (C) constituirão um argumento¹³⁶.

A ligação dos fatos à conclusão será chamada de garantia (W). As evidências do tipo D nos dão o direito de tirar as conclusões C ou de fazer alegações C. Ao se entender que se tem direito de tirar a conclusão C, deve-se apontar o padrão prático que permite a ligação dos fatos à conclusão. Por exemplo, ao dizer que determinada cor é preta, deve-se assumir que, se é preta, não é vermelha. Isto seria também uma contra asserção, conforme explicitado na justificativa das expressões chave. O entendimento de que se algo é preto não é vermelho é auto-autenticante, trivial, conforme exposto por Toulmin¹³⁷.

Mas há situações em que não é trivial essa verificação, situações em que não se garante ou se identifica de imediato o padrão prático como nas contra asserções. São os casos de uma garantia quase certa, chamadas de quase-silogismo por Atienza¹³⁸.

¹³⁵ ATIENZA, Manoel. As razões do direito: teorias da argumentação jurídica. São Paulo: Landy, 2003, p. 100.

¹³⁶ *Ibid.*, op. Cit., p. 152.

¹³⁷ *Ibid.*, op. Cit., p. 142.

¹³⁸ ATIENZA, Manoel. As razões do direito: teorias da argumentação jurídica. São Paulo: Landy, 2003, p. 103.

O exemplo dado por esse autor foi este: Petersen é um sueco, muito raramente um sueco é católico, portanto, muito provavelmente – mas não necessariamente – Petersen não é católico¹³⁹.

Dessa forma, quando não há identificação certa, auto-autenticante, haverá uma garantia provável, com graus de possibilidade.

A garantia será uma regra de inferência que pode ser certa ou provável e servirá de regra de inferência no nível da justificativa da conclusão verificada. Ocorre que a própria garantia pode ser objeto de questionamentos e aí pode demandar uma fundamentação e análise em um segundo nível, pois a garantia passa a ser a conclusão que justifica outra conclusão.

Atienza explica que isso é perfeitamente possível na teoria de Toulmin nos seguintes termos:

Por certo um argumento pode fazer parte de uma cadeia de argumentos e não se apresentar isoladamente. Mas parece que isso poderia continuar sendo representado sem maiores problemas segundo o modelo proposto. Assim, a pretensão de um argumento pode funcionar também como uma razão a favor de uma nova pretensão; as razões podem se converter em pretensões, que precisam, portanto, de um novo argumento para ser justificadas; e a garantia também pode ser vista como a pretensão de um novo argumento para ser justificada; e a garantia também pode ser vista como a pretensão de um novo argumento, e, nesse caso, o que antes era o respaldo passará a cumprir, agora, a função das razões, colocando-se com isso a necessidade de uma nova garantia para passar das razões à pretensão etc.

Percebe-se que, segundo o modelo proposto por Toulmin, pode-se analisar um argumento em outros níveis para justificar a garantia dada, ou seja, uma proposição que serve como garantia em uma conclusão pode ser uma conclusão em outro argumento, que demandará um novo esquema que justificará o esquema posterior em segundo nível.

Alexy apresenta mais claramente essa possibilidade em forma de esquema¹⁴⁰ da seguinte maneira:

Nesse esquema as regras de inferência entram em jogo no segundo nível, para se verificar porque uma garantia deve ser aceita como garantia com

¹³⁹ *Ibid.*, *op. Cit.*, p. 104.

¹⁴⁰ ALEXY, Robert. Teoria da Argumentação Jurídica: teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva. 3ª Ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 93.

autoridade¹⁴¹, quando uma garantia se baseia em outra coisa, como no esquema anterior. Neste momento entrará a questão do apoio, o tipo de apoio que dará respaldo a garantia que, conforme destaca Toulmin, varia conforme o contexto ou o campo de dependência.

Como exemplo, Toulmin cita a classificação de uma baleia, dizendo que uma baleia será um mamífero, defendendo-se a garantia de que há um sistema de classificação taxionômica para relacioná-la¹⁴².

Uma das críticas a teoria de Toulmin reside exatamente neste momento, considerando a questão: como se pode justificar uma garantia de segundo nível que faz o papel de uma conclusão? Neste sentido o autor diferencia aqueles argumentos que estabelecem uma garantia e aqueles que usam garantias¹⁴³.

Toulmin alega que o que está em jogo neste caso é a aceitação de que há instituições jurídicas primárias, as quais somos obrigados a aceitar porque são boas para o ser humano¹⁴⁴. Para essa aceitação, o contexto social terá papel fundamental¹⁴⁵.

Desse modo, passamos para o apoio (B), que se trata do que dará respaldo a garantia alegada. O apoio pode ser algumas posições éticas ou morais que explicariam o porquê de determinadas garantias estarem sendo consideradas.

Richard Posner considera que a premissa fundamental tem que ser uma intuição, algo que não se pode deixar de acreditar. Explicando em termos psicológicos esse momento inicial, de descoberta, o autor esclarece que “o cérebro impõe uma estrutura a nossas percepções, de modo que, por exemplo, atribuímos um significado causal a atos sem que sejamos capazes de observar – na verdade, nunca observamos – a causalidade”. Trata-se de um tipo de conhecimento tácito em um contexto de descoberta¹⁴⁶.

¹⁴¹ TOULMIN, Stephen E. Os usos do argumento. Trad. Reinaldo Guarany. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 148.

¹⁴² *Ibid.*, *op. Cit.*, p. 149.

¹⁴³ TOULMIN, Stephen E. Os usos do argumento. Trad. Reinaldo Guarany. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 182.

¹⁴⁴ ATIENZA, Manuel y JIMENEZ, Manuel. “Entrevista a Stephen E.Toulmin”. *Doxa*, num.13. 1993, p. 333.

¹⁴⁵ ALEXY, Robert. Teoria da Argumentação Jurídica: teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. Tradução zilda Hutchinson Schild Silva. 3ª Ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 93.

¹⁴⁶ POSNER, Richard A. Problemas de filosofia do direito. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007. P. 98.

Em um contexto envolvendo decisões judiciais, o apoio pode ser perfeitamente um princípio moral que justifique uma garantia oriunda de uma classe de regras jurídicas¹⁴⁷.

Nesse ponto, Toulmin admite que deve haver uma certa concordância na sociedade para que determinado apoio justificador não seja mais discutido, sob pena de se entrar em um ponto de discórdia eterna. Para o autor, tudo possui um aspecto moral de fundo, e esse aspecto não pode ser a todo momento questionado.

Por exemplo, a medicina possui o aspecto moral que é a ajuda às pessoas, ajudar as pessoas a manter a saúde. Este é um aspecto moral que não se discute no âmbito médico, trata-se de algo já enraizado e considerado como bom para o ser humano. Ajudar as pessoas a manterem a saúde possui aspectos técnicos, econômicos, sociais, dentre outros, e também esse aspecto moral que pode ser considerado essencial, considerado a essência da medicina¹⁴⁸.

Quando esse aspecto é questionado, deve-se analisar a questão sob o ponto de vista do que “é bom para o ser humano” ou, em outras palavras, deve-se evitar sofrimento desnecessário.

Nesse sentido, o princípio moral justificador deve ser analisado sob o ângulo dos benefícios que podem trazer para o ser humano. Isto aproxima Toulmin da teoria utilitarista, conforme será explorado adiante.

Porém, trata-se apenas de uma aproximação, não significa que Toulmin seja utilitarista, mas não há como negar uma aproximação teórica.

Alexy considera que se trata de uma variante de um utilitarismo de regras e não de análise psicológica do prazer e dor, visando a predominância do prazer, conforme prega (em linhas gerais) o utilitarismo. Nesse utilitarismo de regras as ações concretas são julgadas segundo regras e essas regras são julgadas segundo suas consequências¹⁴⁹.

A análise das consequências aproxima Toulmin de Neil MacCormick. A análise consequencialista jurídica de Neil MacCormick possui, como fundo, valores

¹⁴⁷ ATIENZA, Manuel y JIMENEZ, Manuel. “Entrevista a Stephen E. Toulmin”. *Doxa*, num.13. 1993, p. 332.

¹⁴⁸ *Ibid.*, *op. Cit.*, p. 331.

¹⁴⁹ ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica: teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva. 3ª Ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 93.

como senso comum, justiça, princípios jurídicos e interesse público como critérios de justificação das consequências envolvidas em determinada decisão¹⁵⁰.

Diferencia-se da análise consequencialista utilitarista porque busca justificar as consequências com base em valores intrínsecos, extraíndo-se princípios do sistema legal que possam justificar decisões. Em suas próprias palavras, destaca que essa análise “depende não de um utilitarismo hedonista declarado, mas de percepção de valores constitucionais que dizem respeito aos limites corretos das funções judiciárias em contraste com a legislativa”¹⁵¹.

Trata-se de uma análise que visa identificar que tipo de conduta autorizaria ou proibiria a norma, hipoteticamente, sem análises probabilísticas, mas por implicações lógicas. Aproxima-se mais de um “utilitarismo ideal”, com foco em dois tipos de razões: finalistas e de correção, levando-se em conta os fins corretos de acordo com o ramo do direito em referência¹⁵².

A identificação dos fins corretos somente será possível através de um criterioso exame dos considerados princípios constitucionais fundamentais vigentes no sistema legal observado¹⁵³, a fim de se evitar análises consequencialistas falhas.

Neil MacCormick demonstra o consequencialíssimo jurídico por meio de uma série de exemplos, considerando esta a forma correta e adequada de demonstrar essa análise¹⁵⁴.

Percebe-se, de forma aparente, que Neil MacCormick avalia as ações concretas segundo regras e a partir disso analisa as regras segundo suas consequências, como se as regras dependessem da situação¹⁵⁵.

Essa proposta de MacCormick mostra a semelhança entre os autores, essa semelhança está justamente em duas formas de análise propostas por Toulmin: deontológica e consequencialista (teleológica). Mas estas duas formas devem ser

¹⁵⁰ MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. Tradução Waldea Barcellos. 2ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 194.

¹⁵¹ MACCORMICK, 2009, p. 170.

¹⁵² ATIENZA, 2003, p. 134.

¹⁵³ MACCORMICK, 2009, p. 171.

¹⁵⁴ *Ibid.*, *op. Cit.*, p. 166.

¹⁵⁵ Não analisaremos mais profundamente essa questão por não ser o foco deste trabalho a teoria consequencialista de Neil MacCormick. A intenção é apenas mostrar certa semelhança entre a análise consequencialista deste autor e a análise consequencialista defendida por Toulmin.

analisadas sob a “lente” do objetivo de se evitar sofrimento desnecessário diante das condições existentes e estado de conhecimento atual¹⁵⁶.

A primeira forma (deontológica) ocorre quando uma ação é justificada em face de uma norma moral e a segunda (teleológica) quando é identificado na fundamentação que a questão escolhida causa menos dano do que a alternativa em discussão. Na primeira forma há um nível de análise de ações individuais e a segunda forma entra em jogo quando duas regras estão em conflito ou quando nenhuma das regras sociais for aplicável. Esta segunda forma é que diz respeito à fundamentação de regras morais¹⁵⁷.

Manuel Atienza considera que Toulmin estabelece o senso comum como último degrau de qualquer tipo de audiência, tendo em vista as necessidades semelhantes dos indivíduos e compartilhamento de compreensões e raciocínios. Em outras palavras, todos somos membros de uma comunidade racional e somos parte das pessoas que decidem sobre correções argumentativas¹⁵⁸. Pode-se resumir a moral, portanto, na “satisfação harmoniosa de desejos e interesses”, para torna-los tão compatíveis quanto possível¹⁵⁹.

Desse modo, Toulmin estabeleceu uma formulação que permite a identificação do caráter lógico das regras valorativas de inferência¹⁶⁰, permitindo não só uma análise de coerência interna de decisões, mas também uma análise racional das regras valorativas envolvidas em alguma decisão de um ponto de vista externo. Em outras palavras, pode-se analisar tanto a coerência interna quanto a coerência externa da decisão com o esquema lógico proposto por Toulmin. Porém, este trabalho tem como foco a análise da coerência interna da decisão, ainda que não se possa isentar totalmente da análise da coerência externa.

Essa análise externa não se confunde com a retórica, considerando a linha diferenciada proposta pelo autor. Trata-se de um esquema que envolve regras de linguagem de conceitos éticos e morais ou “o que faz de um conjunto particular de

¹⁵⁶ Alexy, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica: teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva. 3ª Ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 89.

¹⁵⁷ *Ibid.*, *op. Cit.*, p. 89.

¹⁵⁸ ATIENZA, Manoel. *As razões do direito: teorias da argumentação jurídica*. São Paulo: Landy, 2003, p. 100.

¹⁵⁹ ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica: teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva. 3ª Ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 89.

¹⁶⁰ *Ibid.*, *op. Cit.*, p. 90.

fatos, R, uma boa razão para uma conclusão moral particular E?”¹⁶¹, diferenciando-se da lógica informal persuasiva. Aproxima-se de uma análise crítica, dialética, com influências pragmáticas e contextuais que, muitas vezes, não são facilmente identificadas¹⁶².

Por jogo de linguagem pode-se pensar na ideia de “conceito-chave da pragmática, o que possibilita a ligação entre a linguagem e o mundo”.¹⁶³ Os conceitos utilizados, tais como éticos e estéticos, dependem de jogos de linguagem e “é por estar em conformidade com as regras do jogo (ou pelo menos, por não afrontá-las) que um determinado uso de linguagem tem sentido”¹⁶⁴.

Essa formulação será representada pelo esquema proposto pelo autor no seu livro denominado “os usos do argumento”, que se trata da principal obra de Toulmin para identificação do caráter lógico das regras ou decisões.

¹⁶¹ ALEXY, Robert. Teoria da Argumentação Jurídica: teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva. 3ª Ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 86.

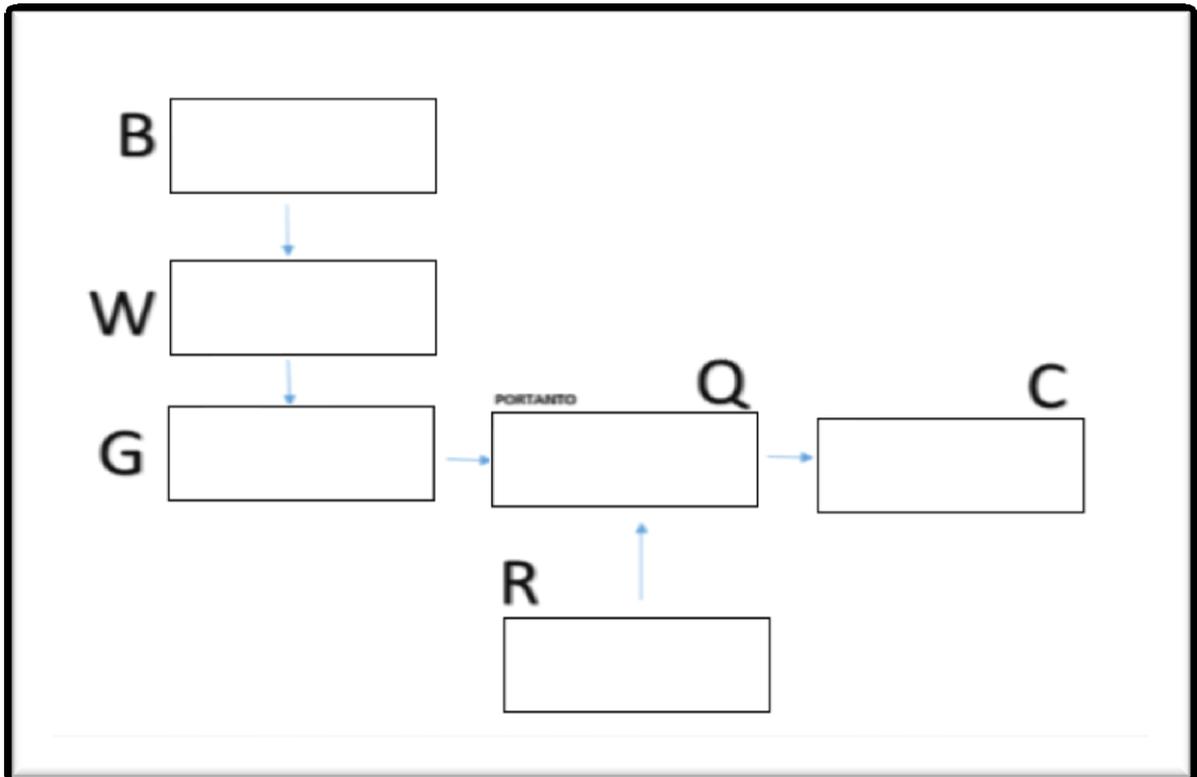
¹⁶² GROARKE, Leo, "Informal Logic", The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Fall 2016 Edition), Edward N. Zalta (ed.), forthcoming URL = <<http://plato.stanford.edu/archives/fall2016/entries/logic-informal/>>.

¹⁶³ SIMON, Henrique Smidt. Direito, filosofia da linguagem e interpretação: o problema do decisionismo em Kelsen e Hart. Belo Horizonte, MG: Argvmentvm, 2006, p. 57.

¹⁶⁴ *Ibid.*, *op. Cit.*, p. 59.

4. DO PROCESSO DE ANÁLISE DE TOULMIN

Pretende-se analisar, portanto, os argumentos dos principais precedentes da Súmula 331 do TST sob a perspectiva de Stephen E. Toulmin¹⁶⁵, no seguinte esquema¹⁶⁶ de análise:



Fonte: Produção do próprio autor, (2016).

¹⁶⁵ TOULMIN, Stephen E. Os usos do argumento. Trad. Reinaldo Guarany. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006:

I) C - Alegação ou conclusão (claim) - é ao mesmo tempo o ponto de partida e de chegada da argumentação. É aquilo que pretendemos afirmar, cujo mérito pretende-se estabelecer no decurso da argumentação.

II) D - Dados (data) - são os fatos ou informações aos quais recorreremos como fundamento para alegação que estamos defendendo.

III) W - Garantia (warrant) - são proposições gerais que servem como ponte entre os dados e a conclusão, de forma incidental e explanatória, para mostrar a pertinência e legitimidade em se passar dos dados à conclusão apresentada.

IV) B - Apoio (backing) - são "avais" das garantias, que garantem a validade, relevância e vigência destas. Podem variar consideravelmente de acordo com o campo da argumentação.

V) Q - Qualificadores modais (qualifiers) - são referências ao grau de força que os dados conferem à alegação, tendo em conta a garantia. São exemplos: necessariamente, provavelmente, presumivelmente.

VI) R - Condições de refutação (conditions of rebuttal): são circunstâncias nas quais se afasta a autoridade geral da garantia. Afastam a aplicabilidade da garantia no caso, refutando a conclusão garantida.

¹⁶⁶ ATIENZA, Manoel. As razões do direito: teorias da argumentação jurídica. São Paulo: Landy, 2003, p. 100.

A decisão a ser avaliada será o Acórdão AC. TP – 2208/86 no processo nº TST – IUJ – RR – 3442/84 indicado como primeiro precedente da Súmula 331 do TST. Nesta decisão houve a proibição total da terceirização e os fundamentos consolidaram esse entendimento, passando a ser replicados nos entendimentos posteriores (conforme outros precedentes analisados), ainda que tenha havido uma certa flexibilização da terceirização, que passou de uma proibição total para uma possibilidade nas atividades meio.

A partir desse entendimento, as outras decisões foram variações dessa. Trata-se do “ponto de partida” para outras variantes e por isto a importância da análise das garantias que estabeleceram esse contexto de proibição.

Conseguimos extrair o contexto decisório dessa decisão no capítulo II e nos utilizaremos dos fundamentos identificados para análise neste capítulo.

A análise com base na teoria de Toulmin pode ser infinita, considerando a existência de inúmeras premissas em apenas uma decisão, “a pretensão de um argumento pode funcionar como uma razão a favor de nova pretensão (...) e a garantia também pode ser vista como a pretensão de um novo argumento”¹⁶⁷. Além disso, podem estar subentendidas questões de outros níveis de inferência, que poderiam chegar até a essência da moral social (conforme demonstrado no esquema da página 61 e seguintes). O respaldo pode assumir função de razões a ponto de ensejar a “busca” por garantias e novos respaldos dessa garantia, para se chegar à lógica envolvida na decisão.

Especificamente nesta decisão em análise, há inúmeras premissas, pretensões, respaldos e garantias. Portanto, exploraremos este precedente em várias análises para se chegar a uma final.

Iniciaremos pela identificação dos fatos (G) principais da controvérsia que constam no relatório do Acórdão.

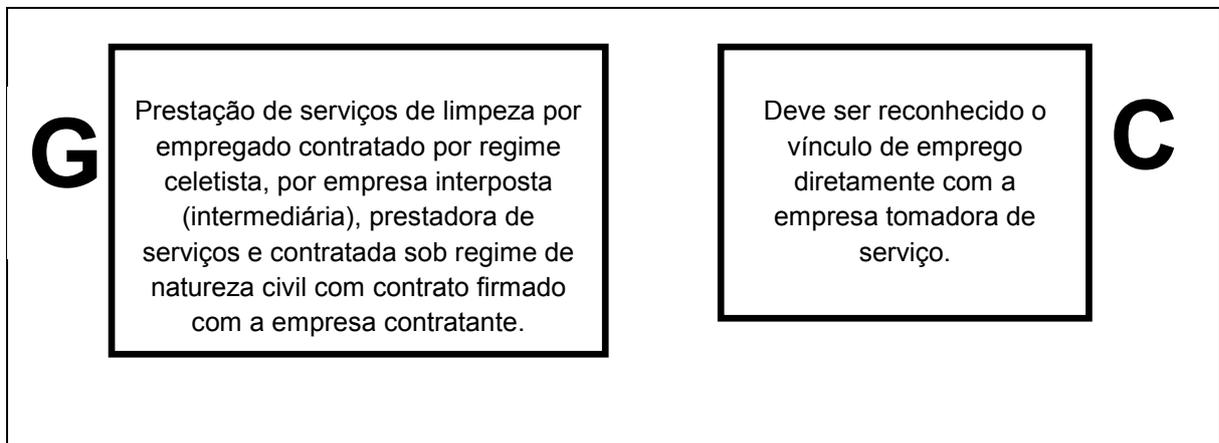
Trata-se de controvérsia sobre a legalidade da prestação de serviços por empregado contratado por meio de empresa interposta e não diretamente pela empresa que demandou o serviço prestado. O próprio Acórdão define que as empresas prestadoras de serviços se dedicam a arregimentar pessoas mediante contrato de trabalho a fim de prestar serviços de caráter permanente a uma terceira empresa tratada como cliente por meio de um contrato civil.

¹⁶⁷ *Ibid.*, *op. Cit.*, p. 98.

A empresa **A** (uma siderúrgica) contratou a empresa **B** (administradora de serviços internos) para que esta fornecesse mão de obra de limpeza em caráter permanente. O empregado que prestou os serviços de limpeza foi contratado pela empresa **B** sob o regime celetista e prestou serviços para a empresa **A**. A remuneração desse empregado era menor do que a dos empregados da categoria da empresa **A**. Sob a estimativa de que o serviço de limpeza era essencial, o empregado da empresa **B** pleiteou judicialmente a remuneração conforme a categoria da empresa **A**.

Esses fatos são os que se referem a controvérsia principal, imediata, da parte que busca a pretensão judicial. Em outras palavras, pretende a parte principal, empregada da empresa B (prestadora de serviços) ter reconhecido o vínculo empregatício diretamente com a empresa tomadora dos serviços de limpeza. Esta é a pretensão principal.

Desse modo, tem-se a pretensão principal (C) e os fatos principais (G), no esquema de Toulmin, ficariam do seguinte modo:



Fonte: Produção do próprio autor, (2016).

Esse é o esquema que representa os fatos e a pretensão principal do empregado que prestou os serviços. Trata-se de uma síntese que servirá de base para a identificação dos outros critérios lógicos do esquema de Toulmin.

Em sentidos lógicos, identifica-se nesse esquema apenas a premissa menor e a conclusão, sendo a premissa menor os fatos e conclusão a pretensão.

Identificada a pretensão e os fatos considerados, deve-se identificar qual é a garantia, ou seja, o que autorizaria o raciocínio de que a prestação de serviços de

limpeza por empregado contratado por empresa interposta é ilegal? Isto a ponto de se reconhecer o vínculo empregatício diretamente com a empresa tomadora dos serviços e se desconsiderar o vínculo empregatício exclusivo com a empresa contratada?

Nesse ponto, podemos extrair as seguintes garantias identificadas no Capítulo II:

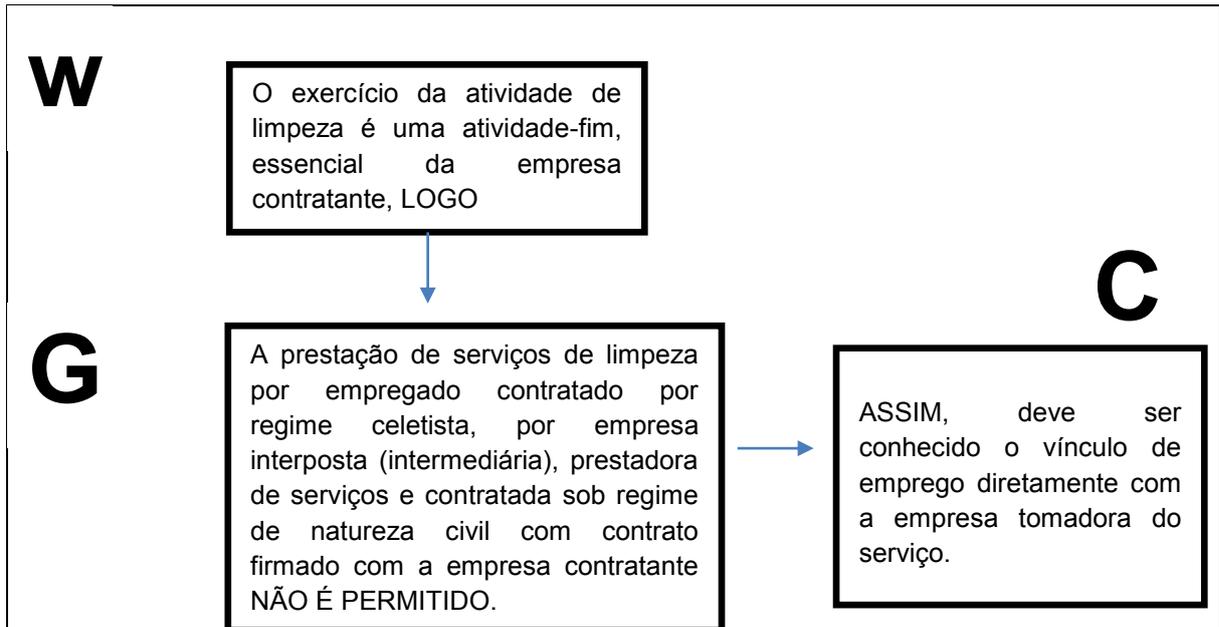
1. O exercício da atividade de limpeza é uma atividade-fim, essencial¹⁶⁸ da empresa contratante;
2. Não há autorização legal para a terceirização de atividades de limpeza;
3. É vedada a exploração do homem pelo homem;
4. A prestação de serviços por empresa interposta equivale a tratar o trabalho como mercadoria, situação vedada pelo ordenamento jurídico;
5. A prestação de serviços por empresa interposta ofende o princípio do valor social do trabalho;
6. Historicamente e através de lutas sociais, a exploração do homem pelo homem foi superada;
7. A empresa prestadora dos serviços não assume o risco da atividade;
8. A empresa prestadora dos serviços somente repassa o salário e, portanto, não se beneficia do resultado do trabalho prestado;
9. A Lei 6.019/74 admite apenas a prestação de serviços temporários por empresa interposta;
10. A não integração do empregado na vida e no desenvolvimento da empresa ofende pilares constitucionais;
11. Os homens não podem ser objeto de locação, somente coisas podem sê-lo;
12. O lucro equivale apenas a diferença paga entre a empresa-cliente e o salário que a empresa prestadora de serviços paga aos empregados, sendo nada mais do que uma retirada antecipada sobre o salário;
13. Há consequências antissociais e aviltamento das relações laborais.

Percebe-se que as garantias utilizadas para justificar a passagem dos fatos para a pretensão são inúmeras e todas elas demandarão uma análise individualizada para completar o esquema com inclusão da qualificação (Q), refutação (R) e respaldo (B).

Trata-se de uma “estrutura de argumentos” que resultou na conclusão de que a terceirização de serviços é ilegal e por isso deve ser reconhecido o vínculo empregatício diretamente com a empresa contratante.

Em um primeiro momento, pode-se extrair apenas a lógica deôntica das análises preliminares, conforme pode ser observado no item 1 acima, nos seguintes termos:

¹⁶⁸ Percebe-se que a atividade-fim é tratada neste ponto como equivalente à atividade essencial.

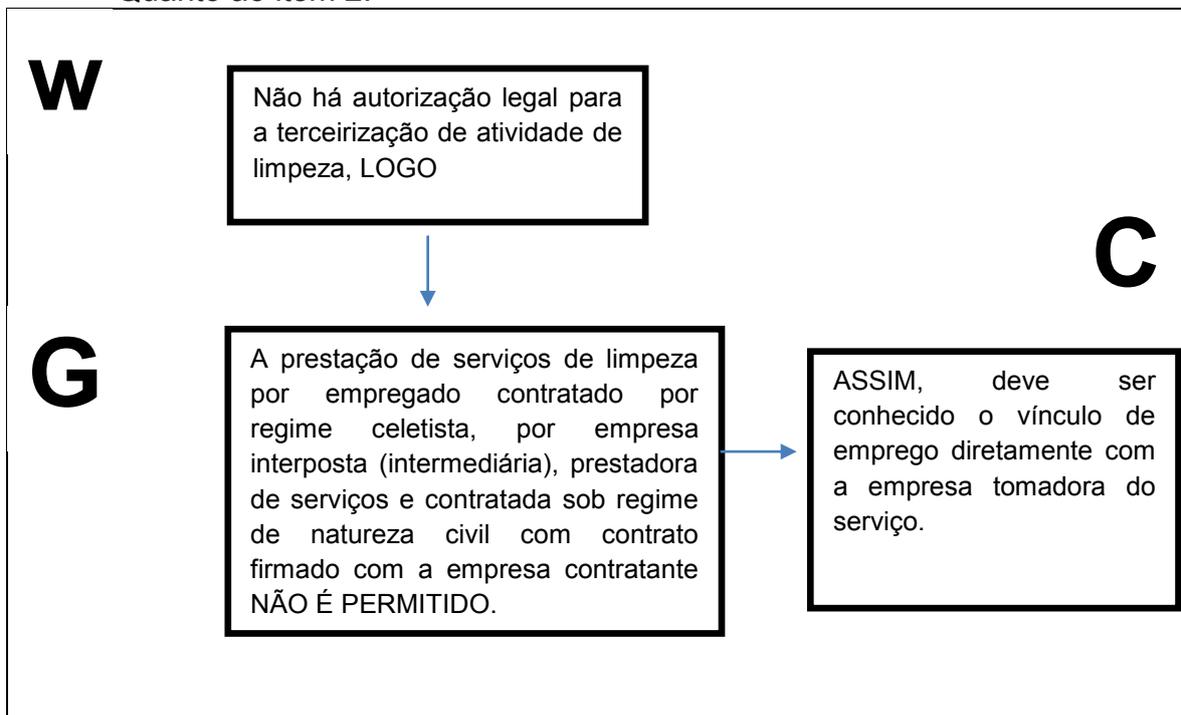


Fonte: Produção do próprio autor, (2016).

Trata-se de premissa maior (W), premissa menor (G) e conclusão (C). Um esquema simples de lógica extraída da decisão no esquema geral de Toulmin.

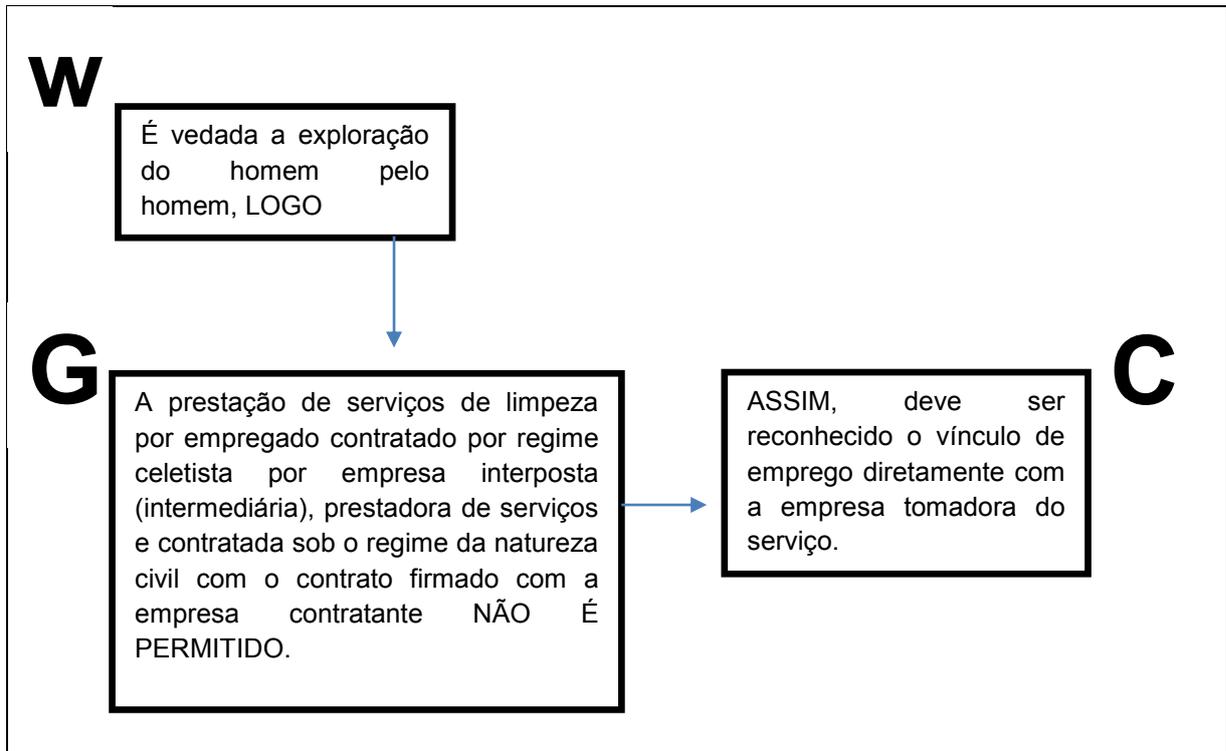
Os outros itens seguem a mesma lógica cuja demonstração está na sequência desde o item 2 até o item 13 das garantias enumeradas acima:

Quanto ao item 2:



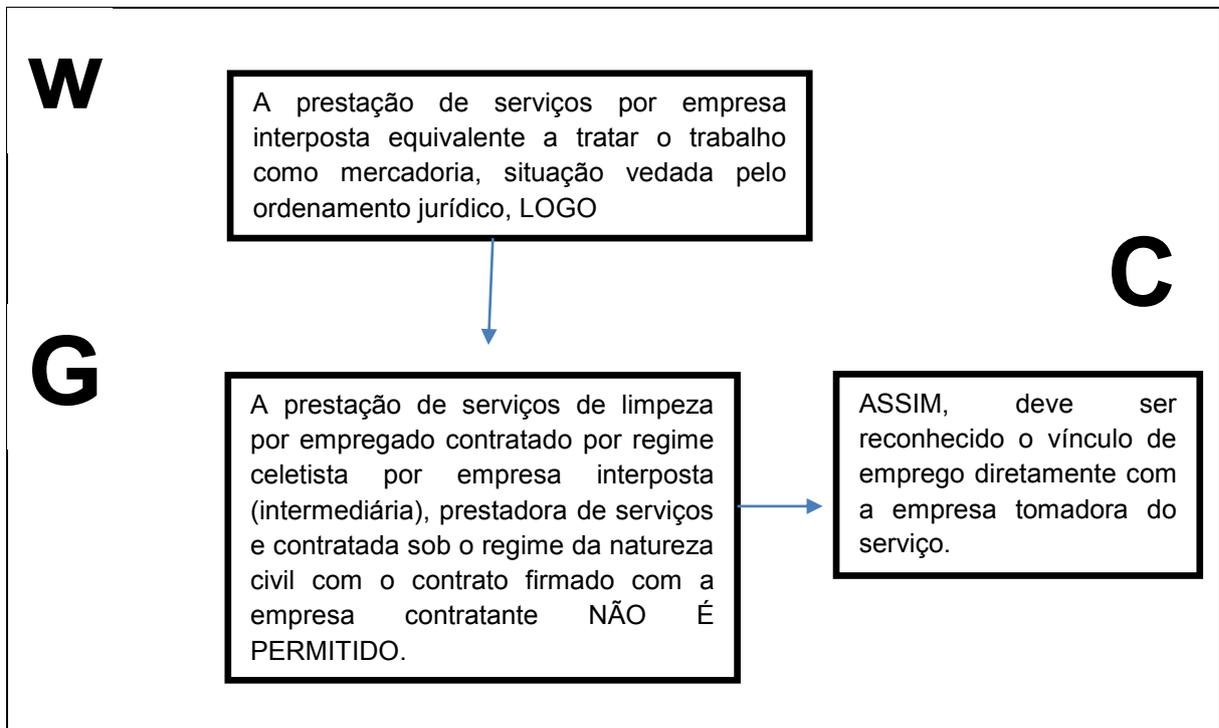
Fonte: Produção do próprio autor, (2016).

Quanto ao item 3:



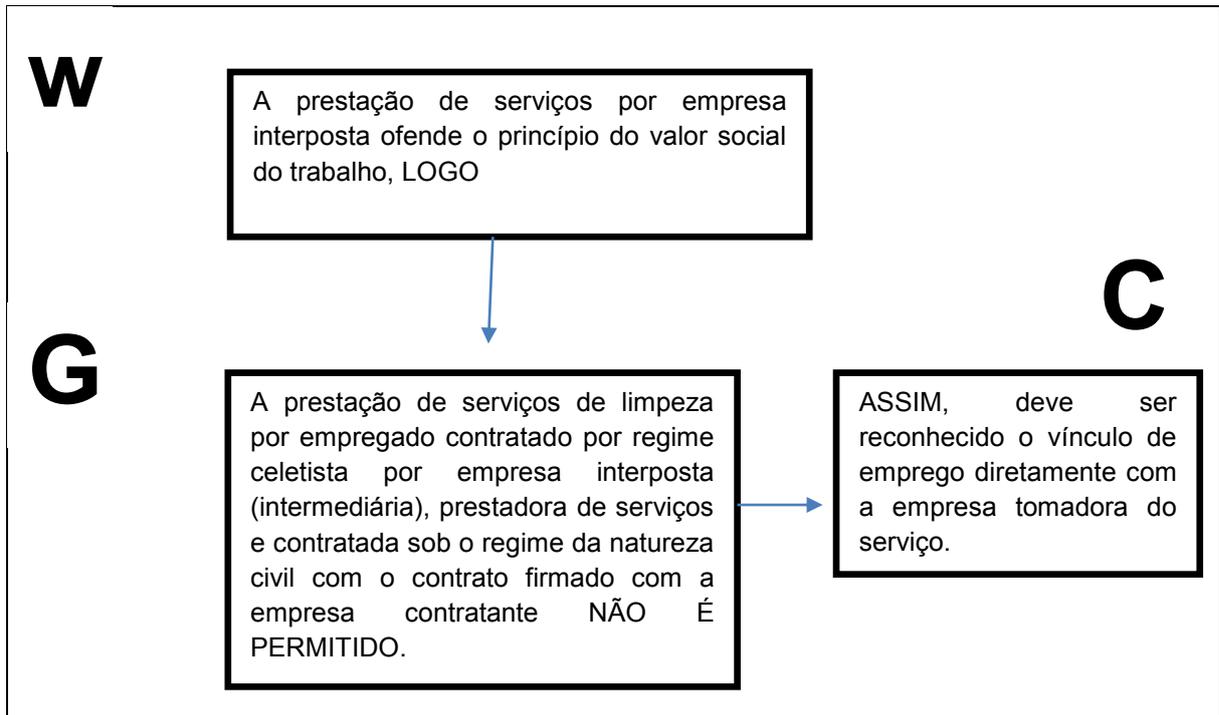
Fonte: Produção do próprio autor, (2016).

Quanto ao item 4:



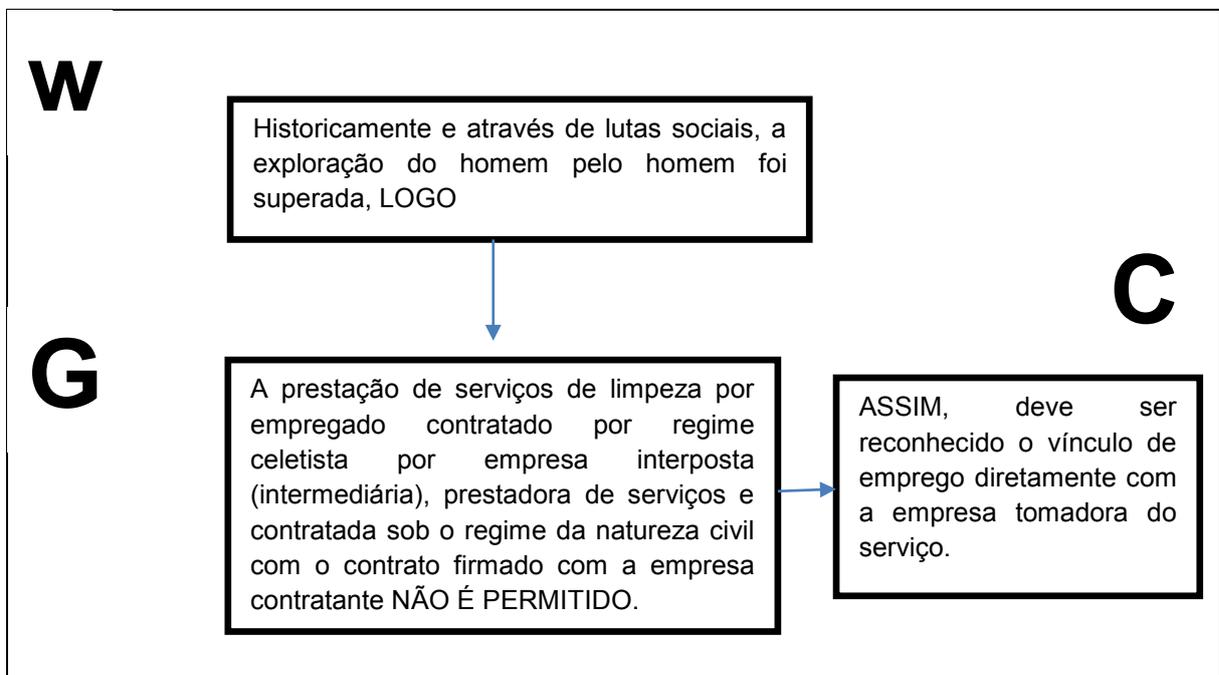
Fonte: Produção do próprio autor, (2016).

Quanto ao item 5:



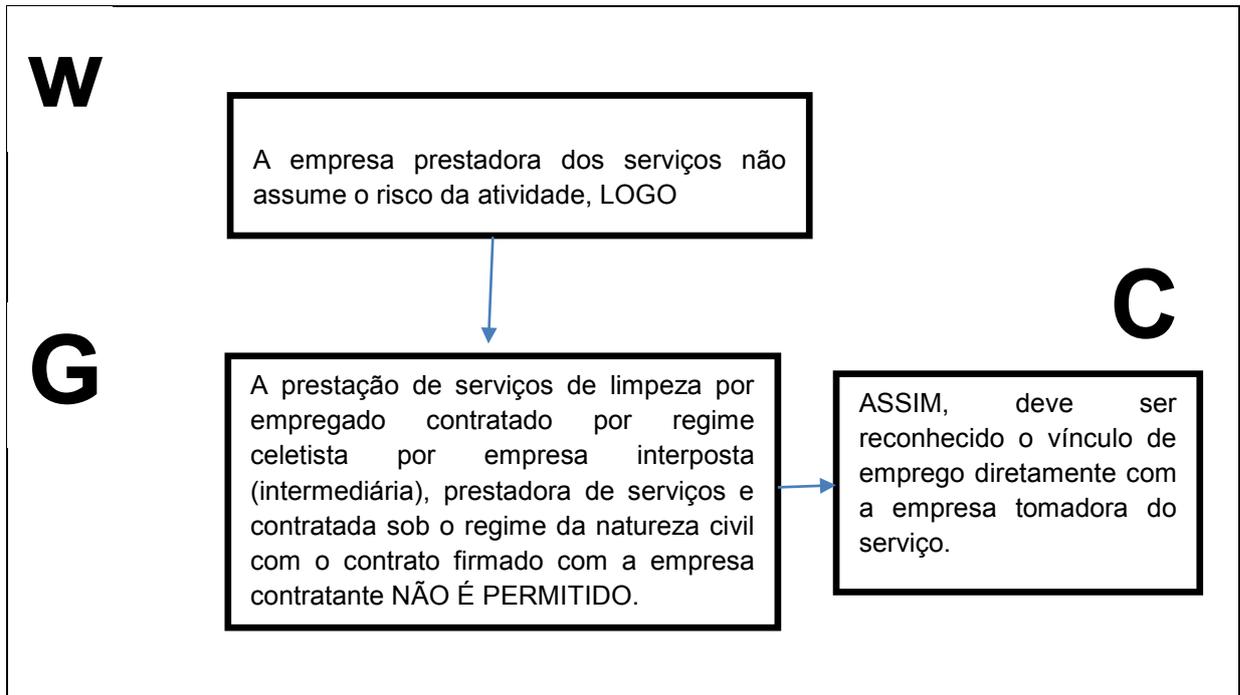
Fonte: Produção do próprio autor, (2016).

Quanto ao item 6:



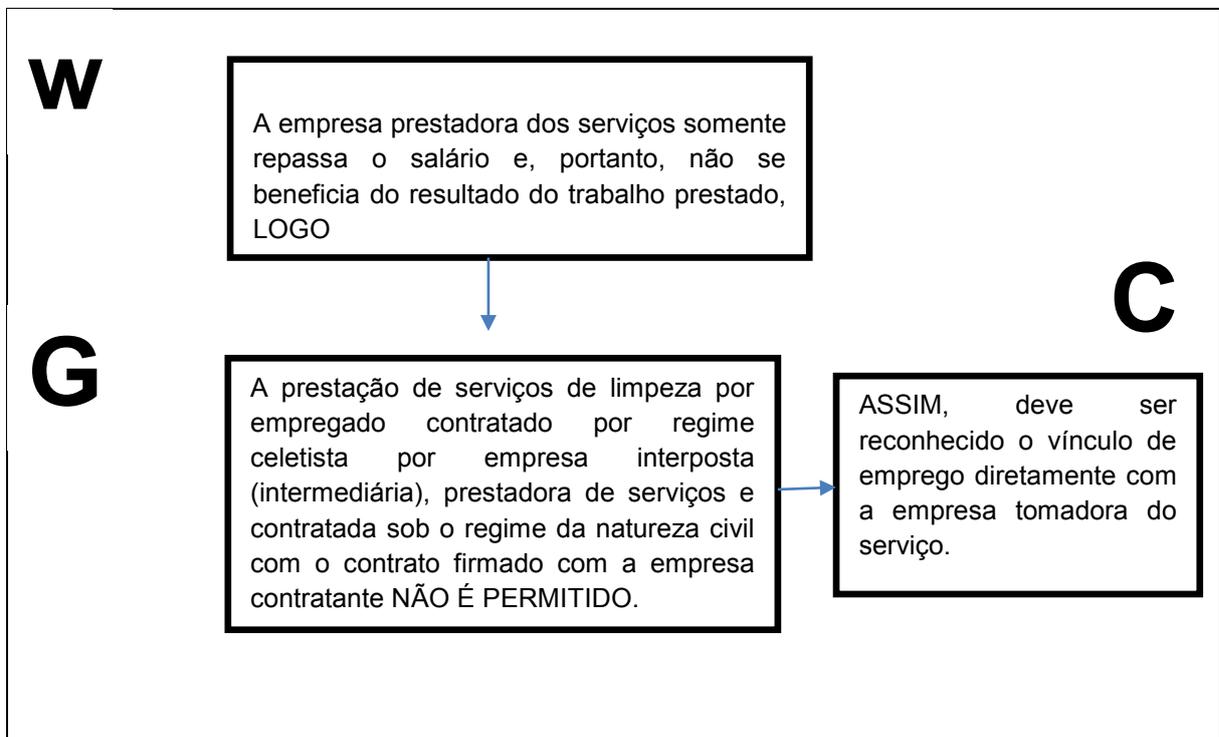
Fonte: Produção do próprio autor, (2016).

Quanto ao item 7:



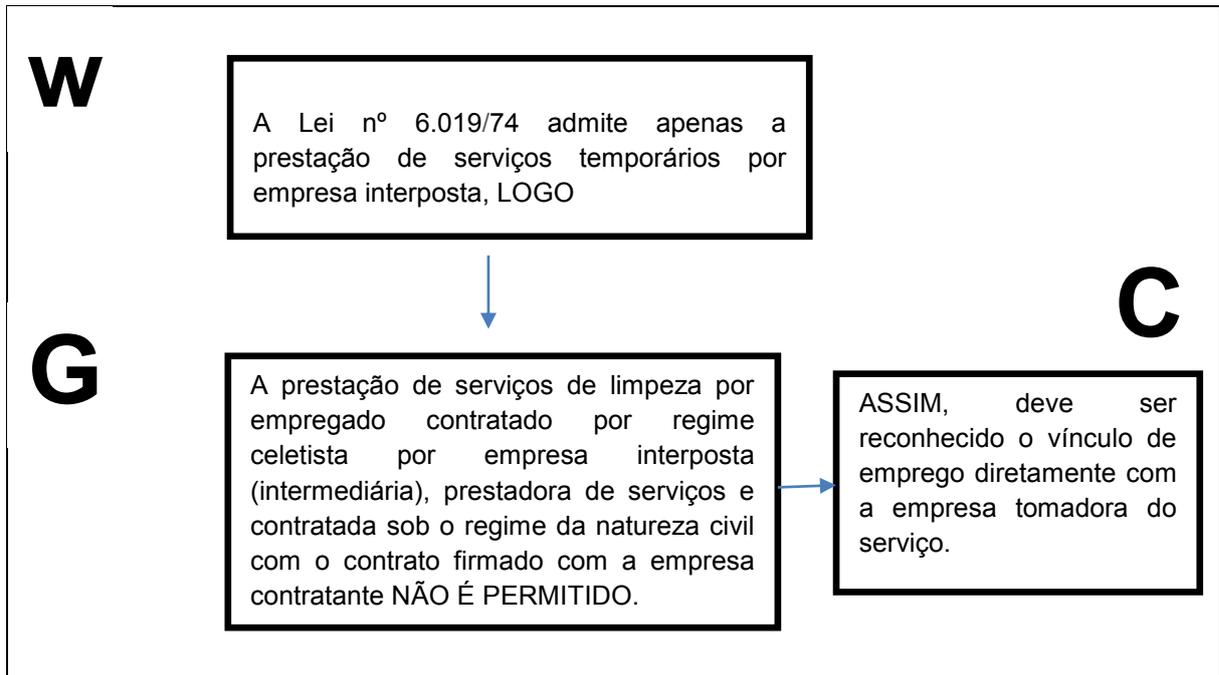
Fonte: Produção do próprio autor, (2016).

Quanto ao item 8:



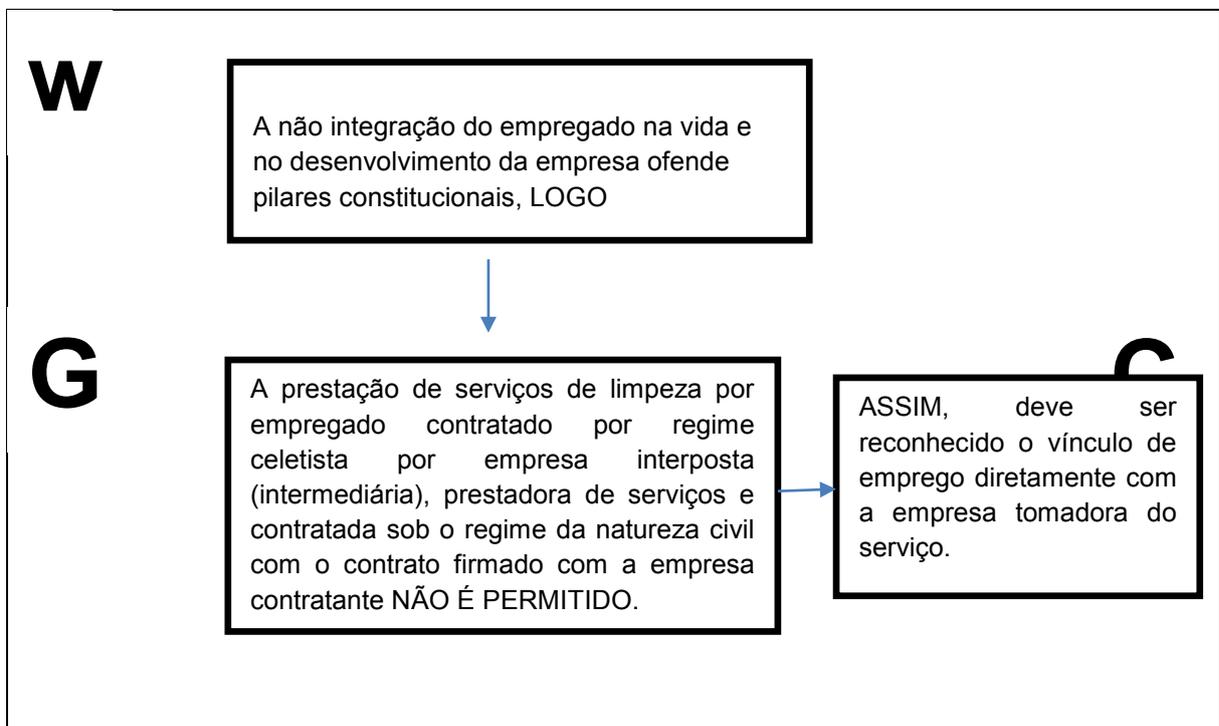
Fonte: Produção do próprio autor, (2016).

Quanto ao item 9:



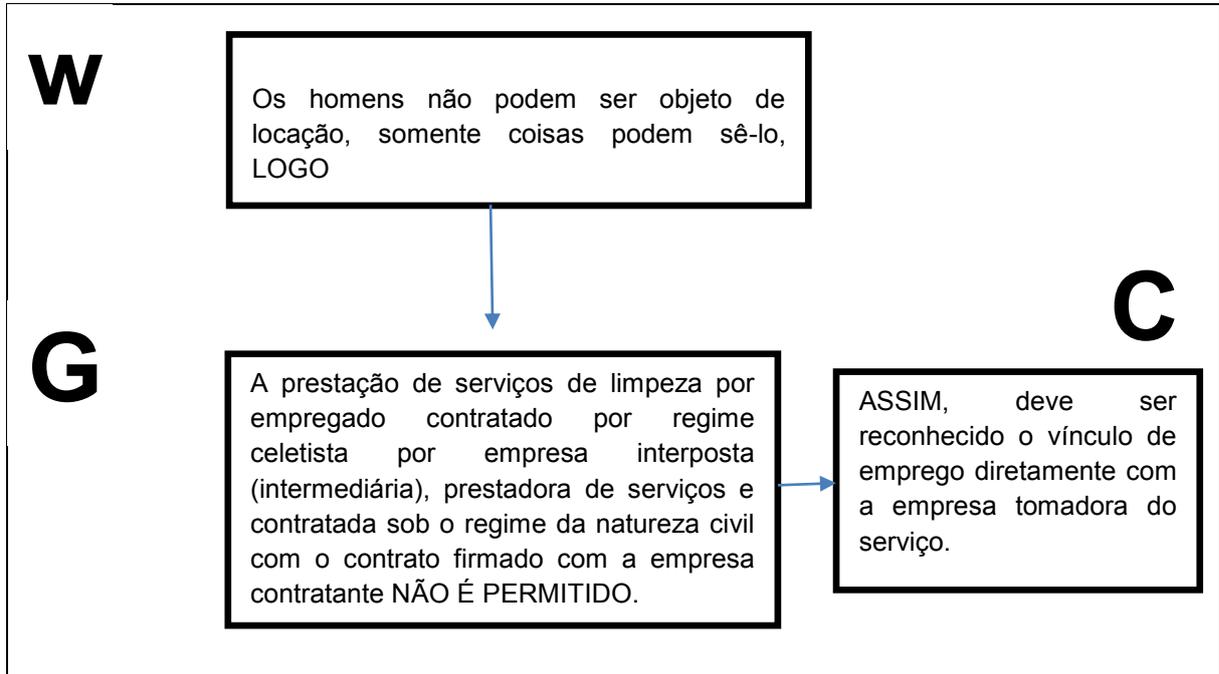
Fonte: Produção do próprio autor, (2016).

Quanto ao item 10:



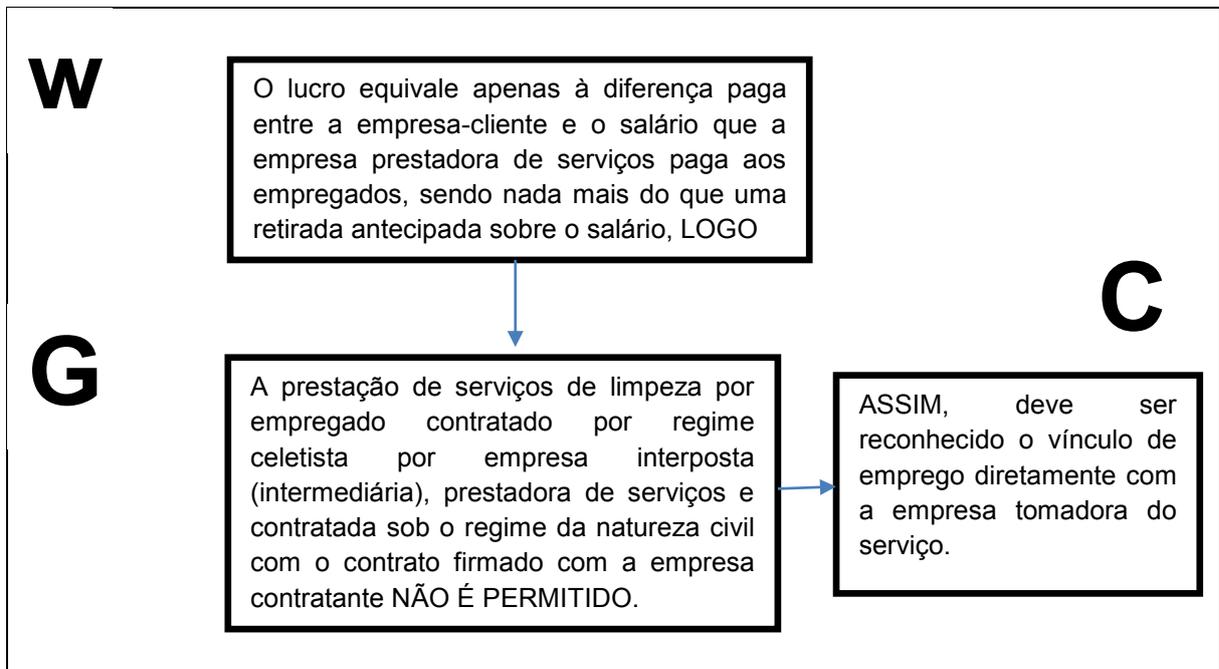
Fonte: Produção do próprio autor, (2016).

Quanto item 11:



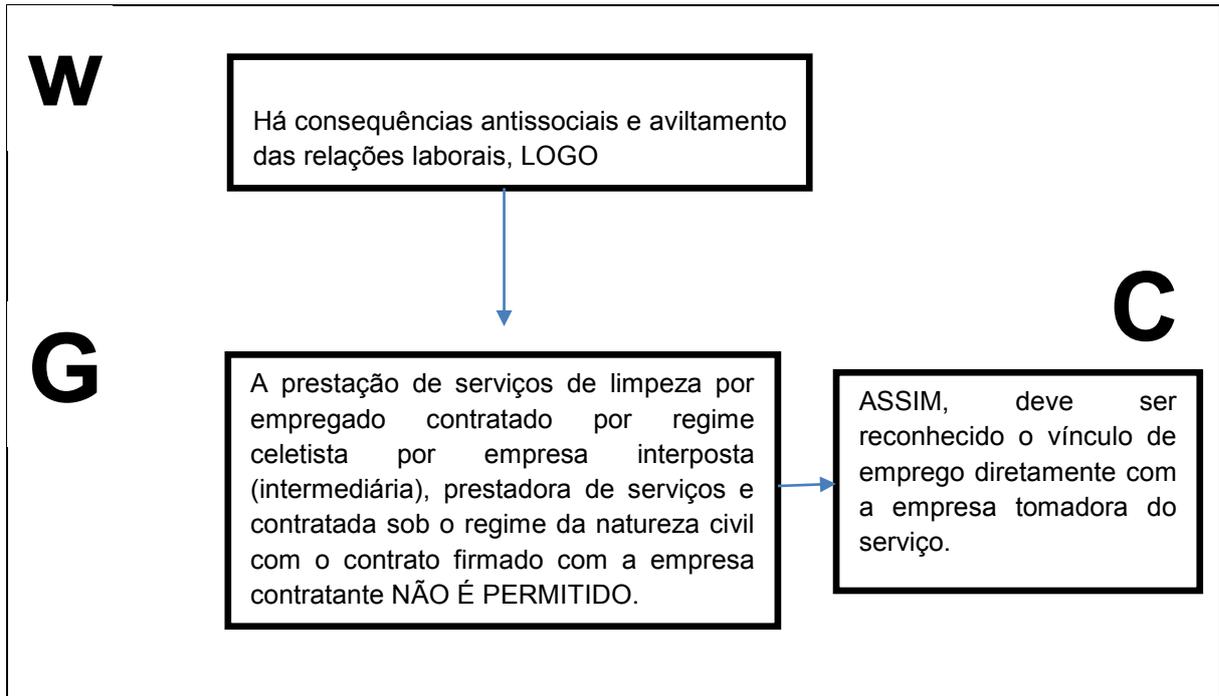
Fonte: Produção do próprio autor, (2016).

Quanto ao item 12:



Fonte: Produção do próprio autor, (2016).

Quanto ao item 13:



Fonte: Produção do próprio autor, (2016).

Há, portanto, 13 esquemas gerais de análise envolvendo a garantia (W), os fatos (G) e a conclusão (C). Para se completar a análise, deverão ser incluídos 3 itens que são os que indicarão a “força” do argumento segundo a teoria de Toulmin, os qualificadores modais (Q), as condições de refutação (R) e o respaldo (B).

Cabe lembrar, que considerando as conclusões extraídas da análise MAD do Capítulo II acima, pode-se partir das seguintes premissas do contexto decisório envolvendo os precedentes da Súmula 331: o fundamento da livre iniciativa foi pouco explorado nas análises, a legislação infraconstitucional que autorizou a terceirização de atividades indiretas aplica-se à Administração Pública e atividades-fim são aquelas de planejamento, coordenação, fiscalização e controle e atividades-meio são aquelas de execução, indiretas, como transporte, limpeza, custódia, operação de elevadores, limpeza e assemelhadas.

Segue-se, portanto, a primeira análise (da primeira garantia – item 1) com o esquema completo de Toulmin.

A garantia do item 1, de que “o exercício da atividade de limpeza é uma atividade-fim, essencial da empresa contratante” utilizada na decisão possui três conclusões: a limpeza é uma atividade-fim, a limpeza é uma atividade essencial para

a empresa contratante, dizer que algo é uma atividade-fim significa dizer que é uma atividade essencial.

A primeira conclusão se refere a uma garantia de inferência, ou seja, não há como se realizar uma pesquisa empírica para se identificar quais são as atividades-fim, precisa-se de uma definição para se chegar ao objeto e não se chega, necessariamente, do objeto à conclusão de que aquele objeto é atividade-fim, evidentemente. Portanto, infere-se que determinada atividade é uma atividade-fim. A segunda conclusão é uma tentativa de se justificar o enquadramento da atividade com atividade-fim, é atividade-fim porque é essencial. Na terceira conclusão há apenas um *link* entre a atividade atividade-fim e atividade essencial, conclui-se que toda atividade essencial é atividade-fim e que toda atividade-fim é essencial.

Nesse sentido, atividade-fim não foi enquadrada em nenhum conceito extraído da MAD, mas apenas considerada como essencial e, portanto, finalística.

O sentido do “não pode” é de impossibilidade porque se presume que a atividade de limpeza é essencial e, ainda, presume-se que a atividade essencial é atividade-fim. Trata-se de uma presunção que estabelece como certo que atividade de limpeza é essencial e atividade essencial não pode ser terceirizada.

Isso poderia ser expressado da seguinte forma: é certo que atividade de limpeza é atividade essencial e é certo que atividade essencial não pode ser terceirizada.

Diante disso, cabe um questionamento, que tipo de apoio essa garantia exige? Qual o campo-dependência exigido para esse tipo de apoio? Pode-se esperar um apoio moral, psicológico, jurídico, matemático? Qual seria o apoio cuja garantia dada tem relação?

Para se chegar àquela certeza, utilizou-se do raciocínio (aproveitando-se da decisão do Tribunal regional que subsidiou o Acórdão referência) de que “o serviço de limpeza, embora área adjetiva da empresa, não deixa de ter essencialidade pois se faltar ela poder-se-á chegar a uma situação em que as atividades essenciais não poderão sequer funcionar”.

Inferiu-se, dessa forma, que as consequências poderiam ser comprometedoras se uma atividade “não essencial” deixasse de ser realizada e, sendo prejudiciais as consequências, a ponto de impedirem que as atividades de fato essenciais deixassem de ser praticadas, a atividade “não essencial” poderia ser considerada essencial.

Percebe-se, por esse raciocínio, que qualquer atividade que pudesse comprometer a atividade essencial da empresa, deveria ser considerada também como essencial.

A atividade de limpeza, trata-se de uma atividade adjacente que, se não realizada, atrapalhará a execução da atividade principal e essencial. Mas essa é principalmente essencial. Não é adjacente, é principal. No próprio argumento lançado pelo Tribunal há a exclusão da atividade de limpeza como principal, pois essa é tratada como adjacente.

Desse modo, não se trata da atividade principal, pois somente sua ausência ressalta sua importância. Trata-se de uma atividade evidentemente subsidiária, que viabiliza ou dá condições para que a atividade principal seja exercida e por isso é essencial, mas não principal.

Assim, ainda que a atividade seja essencial, pois sua ausência poderá inviabilizar a atividade principal, não se trata da principal atividade, considerando sua subsidiariedade. Portanto, se a expressão atividade-fim fosse considerada como atividade principal em vez de essencial, seria uma condição de refutação, ou seja, não seria atividade-fim se fosse atividade subsidiária, ainda que essencial. Neste momento, temos uma das condições de refutação: poderia ser permitida a terceirização se a atividade-fim fosse considerada como a atividade principal e não a essencial.

Mas, voltemos ao apoio. Qual foi o apoio para se considerar a atividade-fim como atividade essencial?

Foi a inferência do julgador considerando a questão fática e as consequências possíveis em face da ausência da atividade de limpeza. Ou seja, inferiu-se que a ausência de limpeza acarretaria uma situação tal que impediria o exercício da atividade principal. A correlação entre uma atividade-fim e uma atividade essencial também indica apenas uma *inferential leap* entre o argumento e a conclusão.

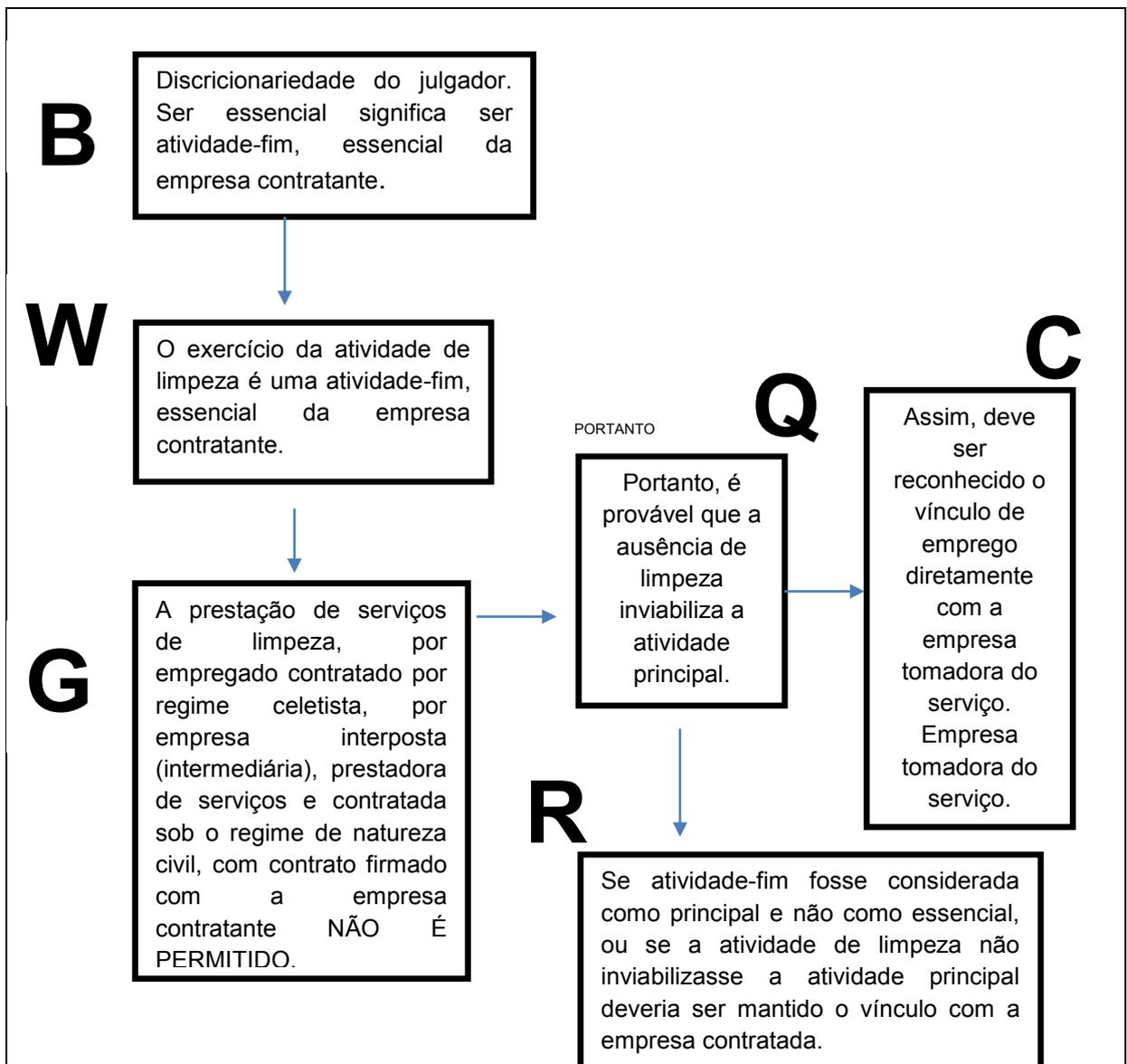
Conforme se observa no Capítulo II, no decorrer do tempo (histórico da estrutura decisória) atividade-fim foi definida das seguintes formas: atividade vinculada ao objeto social, convergente como os fins empresariais, finalidade da

existência da empresa, conforme a Lei 5.645/70 e conforme previsão legal, sem uma indicação expressa da Lei¹⁶⁹.

Diferentemente dessas definições, neste primeiro precedente não há respaldo legal para a definição da atividade-fim, ainda que a Lei 5.645/70 (em que há a indicação de atividades tidas como meio) estivesse em vigor no momento da decisão.

Portanto, a garantia dada se apoia em uma regra de inferência, entendida assim por discricionariedade do Órgão Julgador.

Diante disso, com base na refutação identificada e demais considerações, teremos o seguinte esquema de análise:



¹⁶⁹ Tabela 4 do Capítulo II.

Fonte: Produção do próprio autor, (2016).

No item 2 há a garantia de que “não há autorização legal para a terceirização de atividades de limpeza”. O sentido do “não pode” é de que somente poderia se houvesse autorização legal. Não se trata de uma impossibilidade física ou de uma vedação legal expressa, mas apenas a ausência de Lei que autorize a terceirização da atividade de limpeza.

Novamente, deve-se identificar o apoio, a qualificadora e a condição de refutação do argumento a fim de completar o processo de análise.

No Capítulo II identificamos decisões que consideraram a Lei 5.645/70 como respaldo para definição da expressão atividade-meio e aquelas atividades enquadradas como de meio, automaticamente excluiriam qualquer possibilidade de enquadramento como atividade-fim, pois as expressões se contradizem, se é atividade-meio consequentemente não é atividade-fim.

Nessa Lei há menção às atividades de transporte, conservação, custódia, operação de elevadores, limpeza e outras assemelhadas. Essas atividades foram consideradas em decisões posteriores como passíveis de terceirização com base nessa Lei. Houve o reconhecimento de que atividades tidas como meramente “executivas” (Decreto Lei 200/1967) poderiam ser terceirizadas ainda que as Leis em referência sejam direcionadas ao serviço público.

Nesse sentido, com base na análise do Capítulo II, pode-se perceber que para se chegar na garantia de que não há Lei que autorize a terceirização da atividade de limpeza e por isso ela não poderia ser autorizada, o Tribunal teve que ignorar as seguintes condições de refutação: aplicação da Lei 5.645/70 ao setor privado e em vez de “se não há lei permitindo, deve ser proibido”, considerar que “se não há Lei proibindo, deve ser permitido”.

Essas questões de refutação foram enfrentadas na decisão e serão analisadas posteriormente.

Voltemos ao apoio da garantia. Garante-se (garantia), na decisão, que se não há autorização legal não pode ser permitida a terceirização de atividade de limpeza. Presume-se, com isso, que somente poderia ser permitida a terceirização para atividades expressamente autorizadas por Lei.

O respaldo para essa decisão é o entendimento de que terceirizar é um “retrocesso à época anterior ao direito do trabalho, em que os contratos tinham única

regência na lei civil comum”¹⁷⁰. Considerou-se que a legislação específica trabalhista exige autorização legal específica para terceirização, diferentemente da legislação civil comum.

Diante disso, o apoio é todo o arcabouço jurídico trabalhista que demandaria um rol taxativo de atividades cuja terceirização seria permitida, segundo o entendimento do Tribunal.

Tal apoio é dado como certo na decisão, mas estaria mais indicado como qualificadora, se não fosse a certeza. Poderia ser considerado que há uma suposição de que o arcabouço jurídico trabalhista demandaria um rol taxativo de atividades permitidas, porque não há nada que indique como certo a necessidade de se ter um rol taxativo de atividades terceirizáveis.

Havendo o objetivo de se identificar a garantia da qualificadora de que há uma suposição de que o arcabouço jurídico trabalhista demandaria um rol taxativo poderia ser feita uma nova análise.

Por exemplo: a conclusão seria “deve haver um rol taxativo”, as razões seriam “todo o arcabouço jurídico trabalhista exige essa permissão legal” e a garantia deveria ser extraída de uma regra específica (em sentido amplo: moral, jurídica, jurisprudencial e etc.) que apontasse essa necessidade. O apoio seria essa regra.

Porém, não se identificou nenhum apoio específico (regra social) para se considerar a necessidade da indicação de um rol taxativo de atividades passíveis de terceirização. Pelo contrário, há questões de refutação que poderiam se sobrepor à garantia dada.

A primeira questão de refutação a ser considerada seria o preceito legal que estabelece exatamente o contrário do que foi decidido, que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de Lei”.

Esta disposição estava prevista na Constituição de 1967, artigo 150, § 2º, vigente na data da decisão em referência e continua sendo prevista na Constituição de 1988 (art. 5º, II).

Pode-se verificar um apoio significativo nessa questão de refutação, pois essa previsão legal possui *status* constitucional.

¹⁷⁰ Citação extraída do Acórdão do precedente do item I da Súmula 331 do TST que está sendo analisado.

Outro ponto de refutação seria a existência de Lei estabelecendo atividades passíveis de terceirização no setor público. Conforme identificado no Capítulo II, posteriormente a jurisprudência passou a considerar esse preceito legal como permissivo para terceirização também no setor privado.

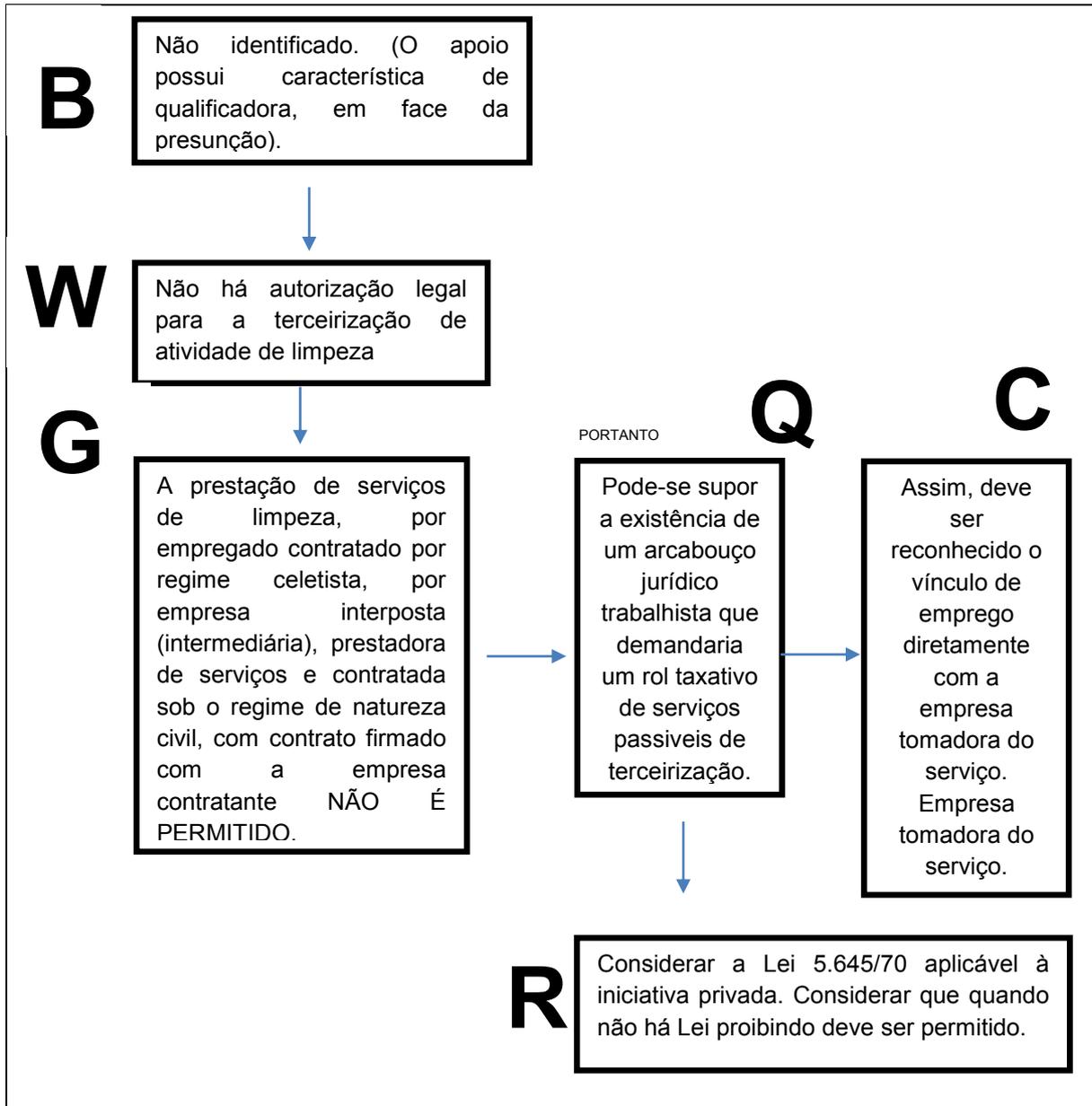
Percebe-se que nesse momento decisório há uma restrição total à terceirização. Em momento jurisprudencial posterior (conforme visto no Capítulo II) considera-se possível a terceirização das atividades autorizadas por Lei, ainda que a Lei seja destinada ao setor público.

Ocorre que o setor público está adstrito ao princípio da legalidade, o que significa dizer que somente poderá fazer aquilo prescrito em Lei.

Diferentemente da iniciativa privada, que possui restrição inversa e somente será impedida de fazer algo em virtude de proibição legal. Do contrário, o legislador deveria prever todas as hipóteses e possibilidades de ações dos cidadãos, algo que engessaria sobremaneira as relações humanas.

Portanto, as questões de refutação possuem um apoio ainda mais significativo do que a própria garantia utilizada na fundamentação, o que atrai a ideia de argumentação fraca no esquema de Toulmin.

Diante disso, o item 2 pode ser resumido no seguinte esquema de análise:



Fonte: Produção do próprio autor, (2016).

No item 03 temos a seguinte garantia: é vedada a exploração do homem pelo homem. Trata-se de uma garantia com fundo eminentemente filosófico. Ocorre que essa afirmação pode facilmente ser considerada como uma conclusão. Conclui-se que é vedada a exploração do homem pelo homem e essa conclusão pode ser prolífica.

Nessa seara, a conclusão de que a exploração do homem pelo homem é vedada demanda a identificação das razões e garantias que acarretam essa conclusão. Há, neste caso, uma típica situação de análise de segundo nível das regras de inferência.

Diante disso, deve-se identificar as más consequências em se terceirizar a atividade de limpeza. Em outras palavras, a exploração do homem pelo homem é moralmente reprovável (garantia) porque causa sofrimento desnecessário (apoio) e a terceirização pode ser considerada como exploração do homem pelo homem.

Para se chegar a esse segundo nível de inferência devem haver algumas concordâncias (senso comum): causar sofrimento desnecessário é ruim, a exploração do homem pelo homem pode trazer sofrimento desnecessário e terceirizar pode ser considerado exploração do homem pelo homem.

Essas concordâncias podem ser refutadas ou qualificadas, conforme o esquema de Toulmin. Se refutadas, demandarão nova análise. A primeira concordância (causar sofrimento desnecessário é ruim) não será refutada, considerando a própria essência humana. Trata-se de algo essencialmente correto, evitar sofrimento desnecessário, ou seja, somente causar sofrimentos estritamente necessários.

Exemplifica-se essa premissa com vacinas infantis. Isto porque as vacinas infantis certamente causam um sofrimento considerável na criança e nos pais que presenciam o ato de aplicação da vacina. A primeira vacina dada é logo nas primeiras semanas do recém-nascido e sempre há um choro forte após a aplicação.

Ocorre que, em que pese o sofrimento da criança e dos pais que presenciam a aplicação da vacina, trata-se de algo necessário, tanto para manutenção da saúde da criança quanto para manutenção da saúde coletiva, porque a defesa do sistema imunológico de cada um impede a proliferação de doenças.

Há, assim, um sofrimento necessário. Seria desnecessário se houvesse, por exemplo, adesivos colantes que pudessem suprir a necessidade de agulhas ou algum outro meio menos doloroso para a criança. Ocorre que os meios disponíveis considerando a necessidade de vacina não permitem a ausência de dor na criança. Há um consenso de que o sofrimento da criança e dos pais é necessário, tendo em vista tanto o bem individual quanto o coletivo.

Esse consenso não deve ter surgido sem mais nem menos, provavelmente vem de um contexto histórico em que prevaleceu a dor e desconforto dos pais e da

criança em prol da manutenção da saúde individual e coletiva. Talvez tenham havido discussões e debates em que prevaleceu a aplicação das vacinas¹⁷¹.

Desse modo, há uma concordância geral de que é necessária a aplicação de vacinas e o sofrimento advindo dessa aplicação é necessário, considerando os meios disponíveis e a tecnologia atual.

Podemos supor que, existindo uma forma menos dolorosa para a criança, prevaleceria o entendimento de que vacinar com agulhas causa um sofrimento desnecessário, dado que existe uma alternativa menos dolorida.

Assim, tem-se que a premissa “causar sofrimento desnecessário é ruim” é algo essencialmente correto e bom, considerando o consenso geral. A variação sobre o que é necessário e qual o sofrimento permitido, segundo Toulmin, pode ser explorado historicamente e varia de cultura a cultura até certo ponto, mas há algum ponto de concordância geral que, se explorado detalhadamente, pode ser encontrado.

Diante disso, há a segunda questão: exploração do homem pelo homem causa sofrimento desnecessário. Tendo em vista a semelhança entre as questões, será tratada também a garantia de se “terceirizar pode ser considerado exploração do homem pelo homem”.

A exploração do homem pelo homem pode ser percebida em uma simples relação de trabalho, escravidão, servidão, dentre outros. Explorar outro homem significa se beneficiar de sua força de trabalho.

A exploração sem limites não é mais tolerada considerando o contexto histórico. As relações de trabalho possuem regras que visam garantir um mínimo de dignidade para o trabalhador “explorado”. A própria expressão “explorar” passou a ter outras conotações, de modo que trabalhar (com respeito às leis) não é sinônimo de exploração.

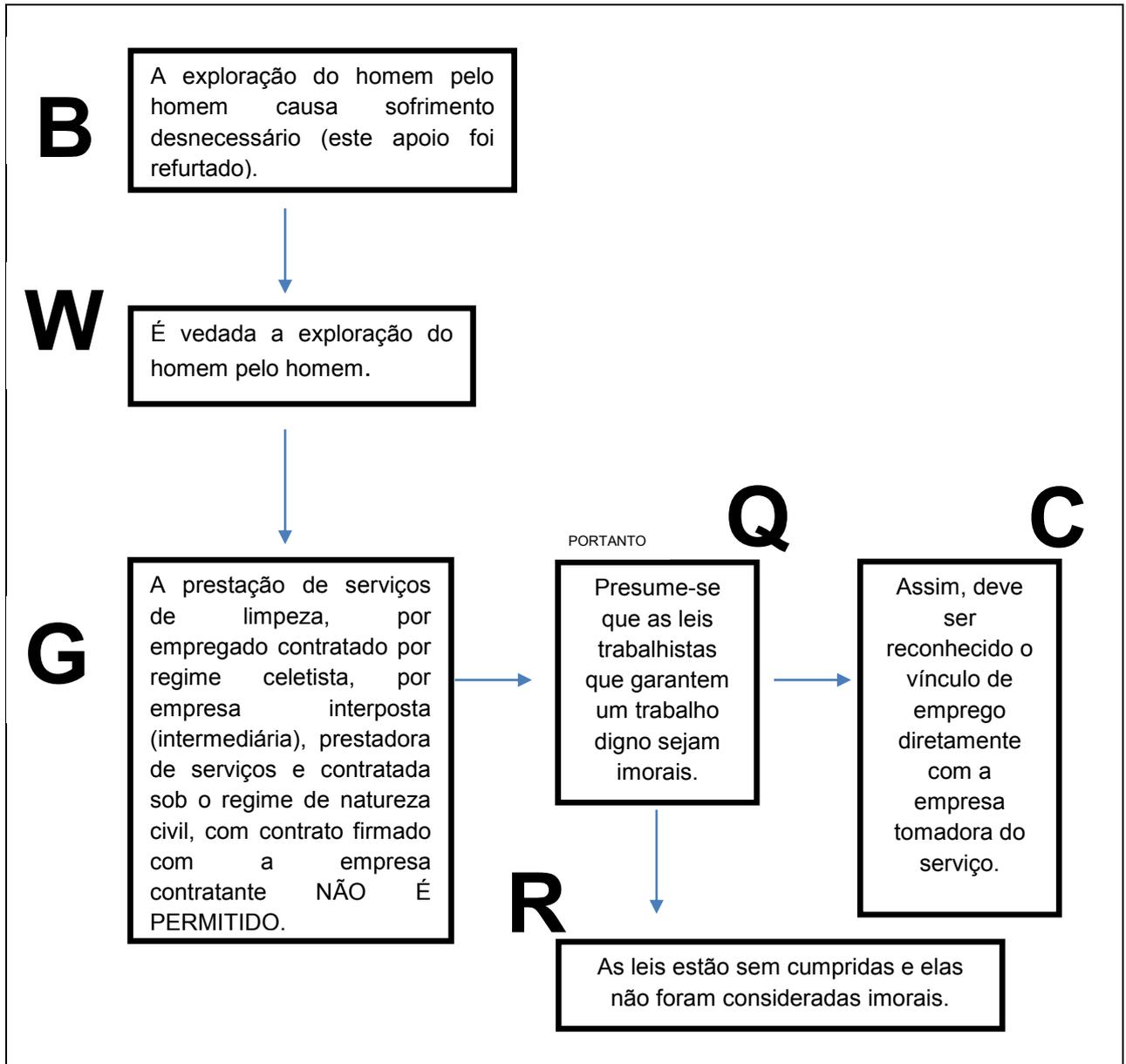
Nesse sentido, o trabalho, com respeito à dignidade do trabalhador, não é mais sinônimo de exploração. Em regra, o trabalho, com respeito às leis, é um trabalho digno. Somente poderia ser considerado indigno se houvesse desrespeito à Lei ou a própria Lei fosse imoral a ponto de ofender a dignidade do trabalhador. Estas são as questões de refutação e qualificação.

¹⁷¹ Não exploraremos o contexto histórico e nem os debates envolvendo esta questão por se tratar apenas de uma mera especulação.

Desse modo, a exploração do homem pelo homem não pode, por si só, ser considerado um impedimento diante das seguintes refutações: cumprimento das leis que estabelecem limites nas relações de trabalho.

A qualificadora pode ser considerada a questão da moralidade. Explorar o homem pelo homem seria proibido se as leis que estabelecem os limites fossem consideradas imorais. Em outras palavras, se for provável que as leis sejam imorais, pode-se se chegar a conclusão da proibição. Mas neste caso deveriam ser analisadas as regras e não o fato social terceirização¹⁷². Assim, o esquema referente à terceira garantia extraída da decisão pode ser da seguinte forma:

¹⁷² Sob outro enfoque, considerando-se as leis imorais, mas tendo em vista a possibilidade de negociações coletivas com entidades fortalecidas que reduzem essa imoralidade a um nível moral e, ainda, tendo em vista que a terceirização poderia enfraquecer entidades de classe e, conseqüentemente, impedir “boas negociações”, poderia ser considerada uma presunção que qualificaria um impedimento, mas ainda não indicaria este como “certo”.



Fonte: Produção do próprio autor, (2016).

A garantia de número 04 estabelece que “a prestação de serviços por empresa interposta equivale a tratar o trabalho como mercadoria, situação vedada pelo ordenamento jurídico”. Esta garantia está diretamente vinculada a garantia anterior que prevê a impossibilidade da exploração do homem pelo homem.

Trata-se de uma garantia de cunho eminentemente filosófico e revela, de certa forma, o caráter essencial do trabalho. Resta, portanto, perguntar: qual o caráter essencial do trabalho?

Não é possível extrair da decisão o caráter essencial do trabalho e o que significa tratar o trabalho como mercadoria. Contudo, sabe-se que uma mercadoria é

tratada de forma objetiva, sem apego, analisando-se suas qualidades sem um aprofundamento sobre as etapas de produção e qual o sacrifício humano envolvido nessas etapas. Em outras palavras, um produto pode ter levado meses de trabalho humano para ser produzido, mas seu custo pode ser determinado por outros fatores mais “superficiais”.

Tratar o trabalho como mercadoria, talvez signifique não valorizar as necessidades subjetivas da pessoa que está sendo contratada e avaliá-la simplesmente como uma “coisa”. Na decisão, percebe-se que há uma tentativa de vincular o “tratar como coisa” à terceirização. Pode-se supor, desse modo, que terceirizar uma atividade laboral equivale a tratar o trabalhador como “coisa”, sem avaliação das necessidades subjetivas de cada um.

Para se afirmar isso, a terceirização deve apresentar diferenças em face da não terceirização. Afinal, qual a diferença substancial entre a terceirização e a não terceirização que acarretam nesta um tratamento mais humano e nessa um tratamento como mercadoria?

Não está especificada na decisão essa diferença. Mas podemos fazer algumas especulações. Algumas diferenças poderiam ser especuladas: menos direitos, menor possibilidade de fiscalização, menor salário, falta de representatividade sindical, menor segurança no trabalho, tratamento desigual perante os empregados contratados diretamente pela empresa contratante, dentre outros. Esta seria a qualificação: uma presunção de redução de direitos.

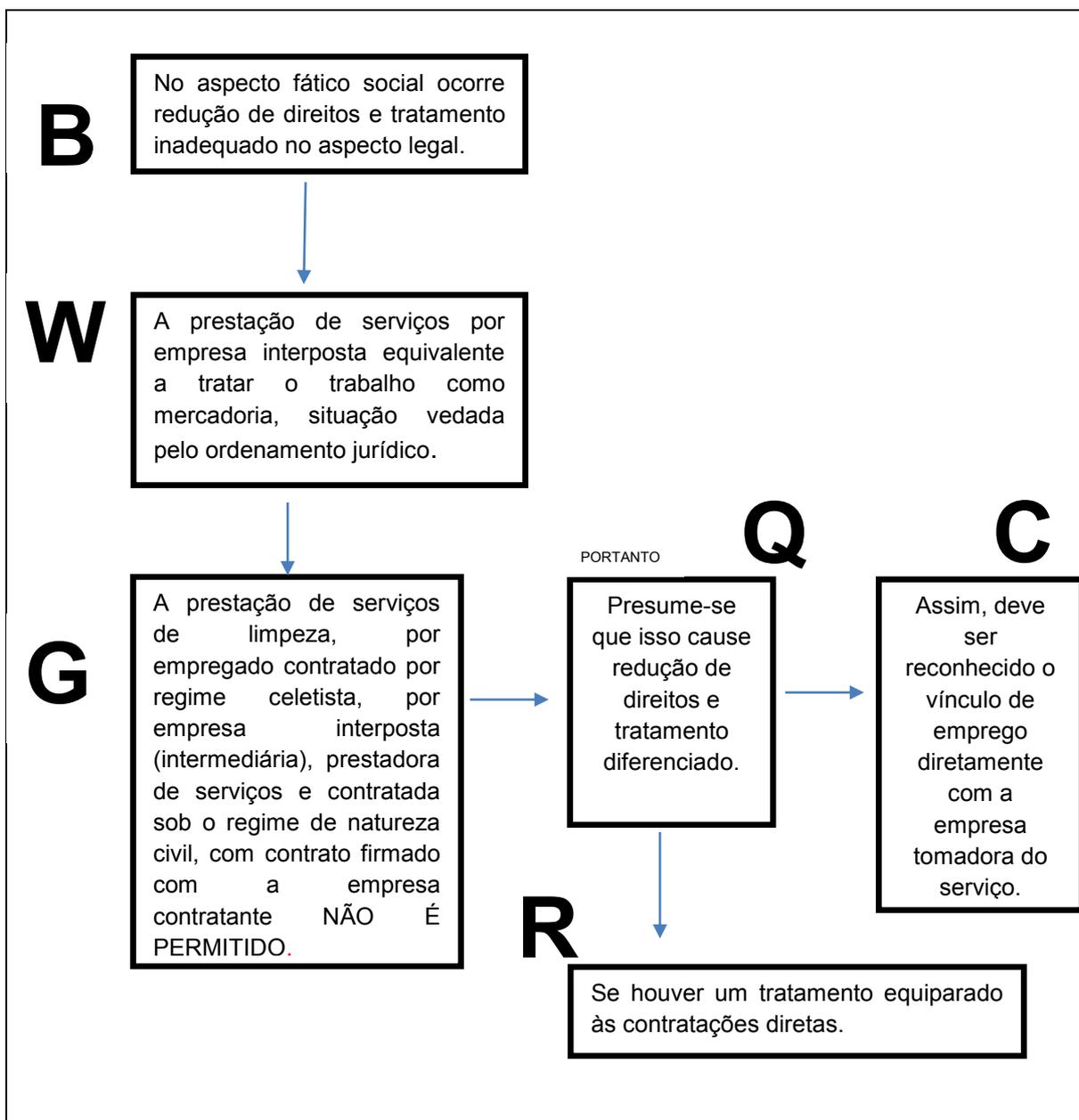
Diante dessa especulação, tem-se que tratar o trabalho como mercadoria equivale a menos benefícios e garantias do que um contrato de trabalho formalizado diretamente com o tomador dos serviços. Seria um retrocesso em comparação com os direitos e garantias existentes até então.

Ocorre que as Leis aplicáveis, seja com o contrato formalizado diretamente com o tomador de serviços e seja com o prestador de serviços, é a mesma. As garantias e direitos constitucionais e infraconstitucionais possuem caráter cogente para ambas as relações.

Desse modo, considerando a vigência e validade das Leis, poderíamos supor que a redução de direitos emerge da eficácia do direito perante empregados vinculados a empresas interpostas. No aspecto fático social haveria redução de direitos e tratamento inadequado quanto ao aspecto legal. Este seria o apoio observado nesta garantia.

A questão de refutação seria o respeito às leis válidas e vigentes pelas empresas interpostas. Se houver, nas empresas interpostas, um tratamento equiparado às contratações diretas, não poderá ser o trabalho considerado “mercadoria”, pois, do contrário, o problema seria a Lei aplicável e não a contratação indireta.

Assim, o esquema de análise pode ser resumido da seguinte forma:



Fonte: Produção do próprio autor, (2016).

A garantia de número 05 estabelece que “a prestação de serviços por empresa interposta ofende o princípio do valor social do trabalho”. Esta garantia pode estar vinculada às garantias anteriores que preveem a impossibilidade da exploração do homem pelo homem e o tratamento do trabalho como mercadoria.

Se o valor social do trabalho for considerado como a maior valoração do homem prestador de serviços, para dar a esse homem as melhores condições possíveis de trabalho, condições dignas e não exploratórias, teremos um *link* entre a exploração do homem pelo homem e o tratamento do trabalho como mercadoria com o valor social do trabalho.

Ao se referir à valoração do homem trabalhador e o respeito ao valor social do trabalho, há referência a não equiparação do homem a mercadoria. O mercado não tem liberdade para tratar o homem como mercadoria e o Estado deve intervir quando isso acontece. Neste caso específico a intervenção envolve o impedimento à terceirização de mão-de-obra e, se esta ocorrer, todos os envolvidos devem ser responsabilizados por eventual inadimplência.

Mas a questão não é exatamente quais serão os resultados disciplinadores caso ocorra a terceirização de mão-de-obra, a questão posta é a de que terceirizar é algo que deve ser rechaçado, por si só, pois equivale a não valorização do homem.

Nesse sentido, não há como extrair dessa decisão qual a forma de terceirização que poderia ser admitida, dado que o ato de terceirizar já é uma violação ao princípio do valor social do trabalho. Não se pode nem ao menos dizer que terceirizar com respeito à legislação trabalhista não viola o valor social do trabalho, porque não é isso que se extrai dos fundamentos, ainda que o resultado da decisão objetive isso.

O que se extrai dos fundamentos é que a terceirização, por si só, viola o princípio do valor social do trabalho, porque viola a dignidade do empregado, equiparando-o a mercadoria.

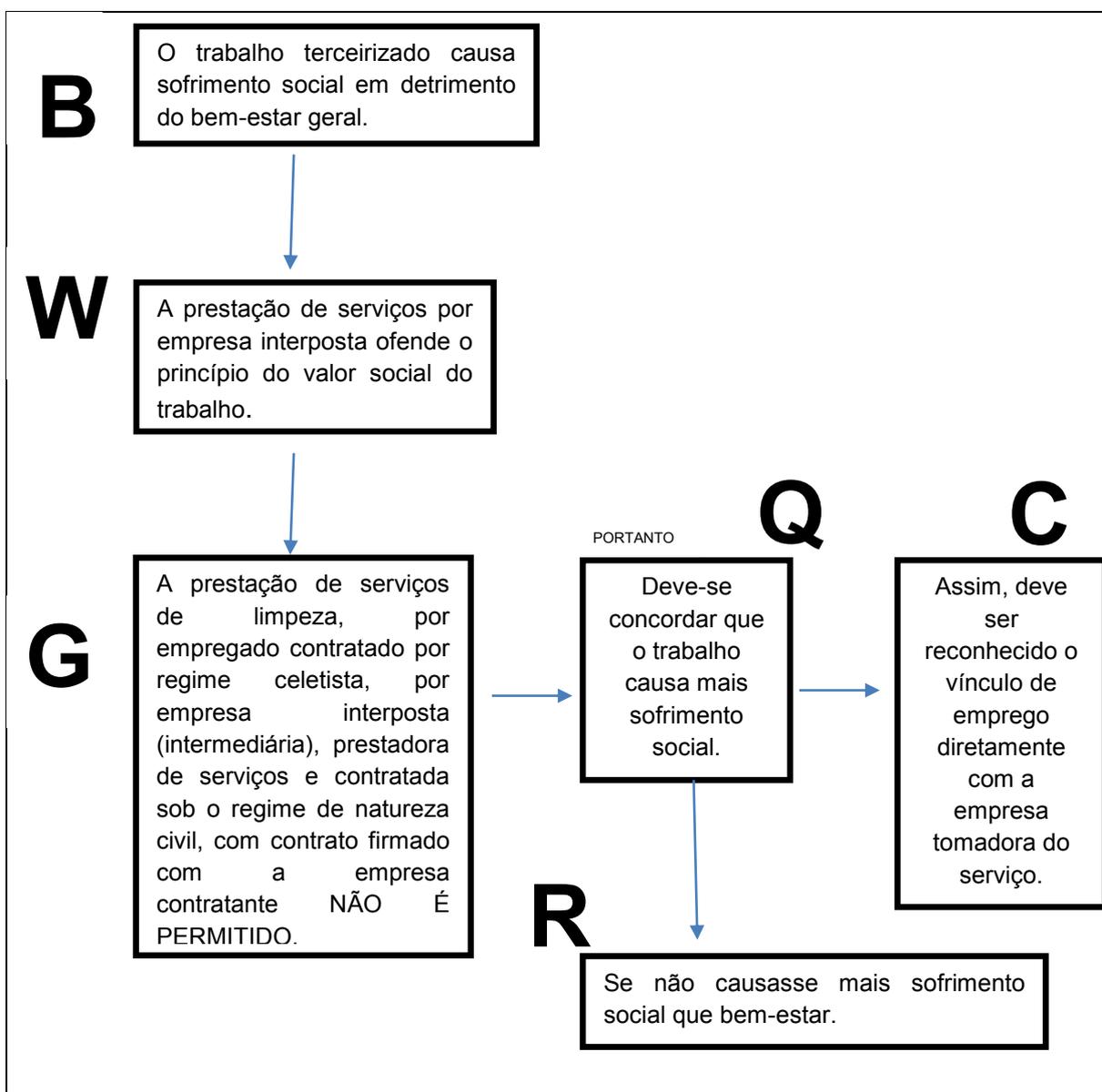
Considerando o caráter abrangente da garantia que, neste caso, foi utilizada como regra (terceirizar viola o valor social do trabalho), somente poderíamos pensar em um respaldo que indique uma bem-estar geral, respeitando-se a ideia moral de Toulmin. Tal respaldo seria um consenso geral e supostamente estaria subsidiando a garantia normativa dada na decisão.

Desse modo, a terceirização causa mais sofrimento social do que satisfação social e, portanto, viola o valor social. Este, por sua vez, teria a função de trazer

maior bem-estar por respeito ao trabalhador como indivíduo, diferenciando-o de mercadoria e essa diferenciação seria necessária para haver respeito ao valor social do trabalho.

Esse respaldo não deixa de ser uma presunção, uma qualificadora, diante da impossibilidade de se extrair da decisão essa conclusão, mas é uma presunção necessária, dado que, de acordo com Toulmin, somente assim a garantia estaria respaldada.

Assim, o esquema de análise pode ser resumido da seguinte forma:



Fonte: Produção do próprio autor, (2016).

A garantia de número 06 estabelece que “historicamente e através de lutas sociais, a exploração do homem pelo homem foi superada”. Esta garantia indica que terceirizar é explorar e exploração não deve ser permitida diante da superação histórica, esta conquistada por lutas sociais. Trata-se de uma garantia diretamente vinculada a garantia de número 3.

Claramente o Tribunal parte da premissa de que terceirizar é um retrocesso social, que implica em perda de direitos, considerando que a terceirização implica em um retorno à exploração do homem pelo homem, algo supostamente já superado.

Percebe-se que segundo essa garantia há impossibilidade de se terceirizar, ou seja, não pode haver terceirização considerando que terceirizar é exploração do homem pelo homem. Trata-se de uma impossibilidade jurídica, mas é uma impossibilidade jurídica necessária ou provável¹⁷³?

Para invocação dessa impossibilidade não há indicação de nenhum regramento específico, ou seja, não há indicação de violações legais e, portanto, não há respaldo jurídico identificado na decisão.

O exemplo dado por Toulmin para demonstração da impossibilidade jurídica pode ajudar a deixar mais clara essa questão.

Toulmin exemplifica essa impossibilidade jurídica quando um vigia encontra em um trem um passageiro fumando em uma área de não fumante, ciente da autoridade dada por regulamentos e estatuto da companhia, o guarda chama a atenção para o fato de que fumar naquele local vai contra a regras previstas¹⁷⁴.

Nesta garantia específica, não há indicação de regras sociais previstas, parece-nos mais uma impossibilidade moral, que diz respeito às obrigações de não exploração do homem pelo homem considerando uma “evolução social”. Não é um delito legal, mas um delito moral.

Diante disso, qual seria a certeza envolvida nessa violação moral? Pode-se dar como certa a violação moral ou seria uma violação provável? É uma afirmação evidente, tautológica, ou envolve uma probabilidade?

¹⁷³ TOULMIN, Stephen E. Os usos do argumento. Trad. Reinaldo Guarany. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 200. P. 32.

¹⁷⁴ *Ibid.*, *op. Cit.*, p. 41.

Nesse ponto, somente poderíamos considerar a terceirização uma exploração do homem pelo homem se as premissas envolvidas fossem analiticamente verdadeiras. Ocorre que não há descrição de fatos envolvendo a terceirização que possam ser obrigatoriamente vinculados à exploração do homem pelo homem.

Como vimos no Capítulo II a pena para a terceirização ilícita é que se considere o vínculo de emprego diretamente com o tomador de serviços e isso significa respeito à legislação trabalhista e, principalmente, remuneração do empregado terceirizado, respeitando-se a evolução social.

Nesse sentido, os fatos que poderiam corroborar para se considerar a terceirização exploração do homem pelo homem seriam vinculados ao descumprimento da legislação trabalhista, com diminuição de direitos e, até, ausência de remuneração.

Poderia ser considerado, também, um malefício geral nas relações de trabalho, com diminuição de conquistas não oriundas da legislação laboral, mas sim das relações e reivindicações de trabalhadores em Acordos Coletivos de Trabalho ou Convenções Coletivas de Trabalho. Mas isto não pode ser dado nem como certo e nem como provável, porque não houve menção na decisão, ou seja, não houve discussão jurídica ou, nas palavras de Toulmin, não foram indicados fatos que possam dar boas razões¹⁷⁵ para se considerar a terceirização uma violação moral voltada à exploração do homem pelo homem.

Pode-se considerar, portanto, que por ser um impedimento moral, possa haver uma presunção de malefícios gerais à população. Este seria o apoio à garantia.

Caso esse apoio fosse evidente, por certo a terceirização deveria ser proibida em todas as suas modalidades, dado que terceirizar, por si só, equivaleria à exploração do homem pelo homem, comparada a uma escravidão, considerando o ponto de vista histórico.

Porém, não é o que se verifica no protocolo do Capítulo anterior. Ao contrário, percebe-se que a terceirização foi autorizada com o tempo, desde que na atividade meio do empregador.

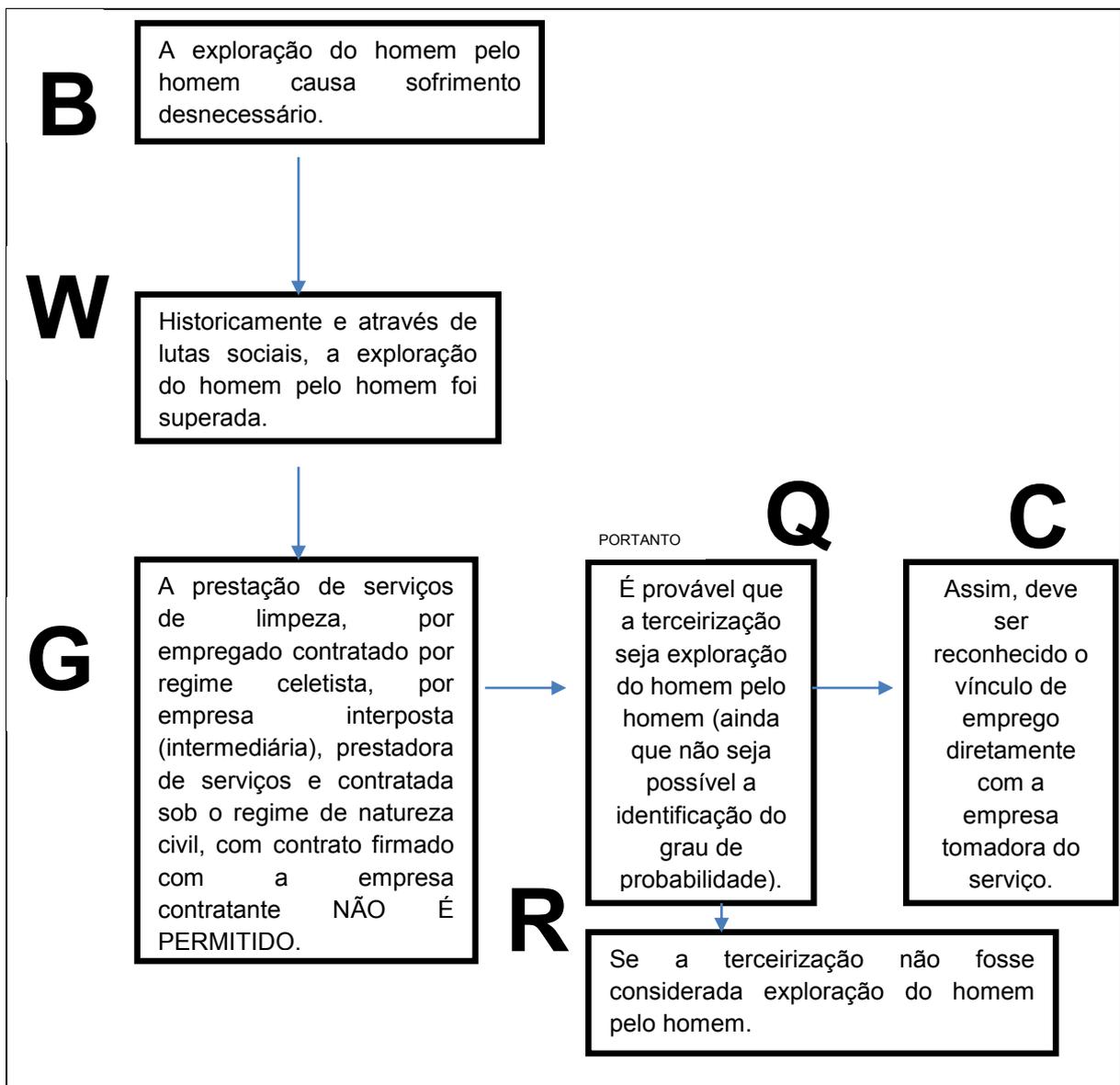
¹⁷⁵ ALEXY, Robert. Teoria da Argumentação Jurídica: teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva. 3ª Ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 86.

A refutação seria exatamente o contrário, se a terceirização não fosse considerada exploração do homem pelo homem.

E a qualificadora envolve tanto o apoio quanto a garantia, dada a falta de certeza ou evidências inquestionáveis para que se considere a terceirização uma exploração do homem pelo homem. Porém, não é possível se extrair um grau de probabilidade em face da ausência de dados que possam oferecer uma probabilidade mensurável.

Desse modo, a própria conclusão é provável, mas sem ser possível a indicação de alta ou baixa probabilidade.

No esquema de Toulmin, a análise pode ser resumida da seguinte forma:



Fonte: Produção do próprio autor, (2016).

A garantia de número 07 estabelece que “a empresa prestadora dos serviços não assume o risco da atividade”.

Tal garantia possui um respaldo que, neste caso, pode ser considerado como legal, ou seja, está embasado em uma regra vigente na sociedade, positivada. Tal regra consta na Consolidação das Lei do Trabalho (CLT), mais especificamente no artigo 2º da CLT, que transcrevemos: “Art. 2º - Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço”.

Conforme previsão legal, percebe-se que o risco faz parte da própria definição de empregador que deve assumir o risco da atividade econômica.

Assumir o risco significa arcar com os ônus e se beneficiar dos bônus da atividade, equivale a impossibilidade de o empregador repassar ao empregado os ônus decorrentes da atividade econômica exercida, ou seja, ainda que haja prejuízos, deve garantir ao empregado a remuneração que foi acordada.

Há algumas possibilidades legais que permitem ao empregador dividir os ônus com o empregado, dentre essas possibilidades está a da remuneração por comissão em vendas, por exemplo, em que se garante ao empregado uma renda mínima, mas que pode ser acrescida com base em uma porcentagem vinculada ao êxito de negociações. Existem algumas outras possibilidades, inclusive de responsabilidade pecuniária em caso de falha em serviço.

Resta saber, adentrando na questão de refutação, até que ponto a empresa que presta serviços de mão de obra realmente não corre riscos como um empregador diferenciado. Bastaria, dessa forma, que a atividade econômica da empresa interposta não se comunicasse com a atividade econômica da empresa contratante e, assim, essa corresse o risco de uma atividade econômica diversa: fornecimento de mão de obra especializada.

Ao se considerar a atividade de fornecimento de mão de obra uma atividade econômica diferenciada, com mercado diverso, poderia ser desconsiderada a ausência de risco na atividade econômica. Como, por exemplo, a questão envolvida na atividade meio.

Se se trata de uma atividade meio, em tese desvinculada da atividade fim do contratante, não há sentido em se considerar que a empresa tomadora não assume os riscos da atividade. Isto porque a atividade realizada não se comunicará com a atividade da empresa contratante e, portanto, a empresa interposta estará

assumindo o risco da atividade de mão de obra naquela área de atuação como, por exemplo, vigilância. Esta seria uma questão de refutação.

Outro ponto a ser destacado, seria a possibilidade de se acordar o compartilhamento de risco (*Share risks*), ou seja, a empresa interposta assume o risco da atividade principal da empresa contratante. Se a empresa contratante tiver problemas financeiros oriundos da instabilidade do mercado a empresa contratada poderia deixar de receber valores contratuais e, assim, assumir o risco da atividade juntamente com a empresa contratante.

A garantia estaria qualificada se houvesse a presunção de que de fato a empresa interposta não assume nenhum risco. Mas em face da dinâmica do mercado seria difícil imaginar que uma empresa prestadora de serviços não tenha nenhum risco, ainda que tenha um contrato de prestação de serviços para outra empresa.

A própria empresa contratante, quando assume o risco de contratar uma empresa prestadora de serviços, estará abrindo mão de estruturar internamente a sociedade. Há um risco maior nisso, porque o controle da produção está com parte terceirizada. Porém, os custos se mostram mais reduzidos e pode valer a pena assumir um risco maior em face de um custo mais reduzido.

A empresa que oferece o serviço, de outro lado, assume o risco oriundo da instabilidade e imperfeições do mercado e procura oferecer um produto de qualidade a um custo menor do que a estruturação interna dos serviços contratados na empresa contratante. Trata-se de estruturação do mercado, dinâmica explicada por Ronald Coase na Teoria da Firma¹⁷⁶ relacionada a eficiência de produção.

Ao prestar serviços em determinada área, a empresa pode ter a certeza de que será contratada por uma empresa que precisa daquele serviço. Mas é mais provável que exista um grau de incerteza quando se trata de apenas uma empresa.

Em um mercado aberto, de livre demanda, é normalmente difícil se ter algo como certo, dado que o que predomina é a incerteza ou, na melhor das hipóteses, o risco. A questão será em saber qual empresa prestadora de serviços terá mais

¹⁷⁶ COASE. Ronald H. The Problem of social cost. The firm, the markt and the law. Chicago, Londres: University of Chicago Press, 1990, p. 40.

aptidão para prestar determinado serviço com maior excelência e assim diminuir o risco de não ser contratada¹⁷⁷.

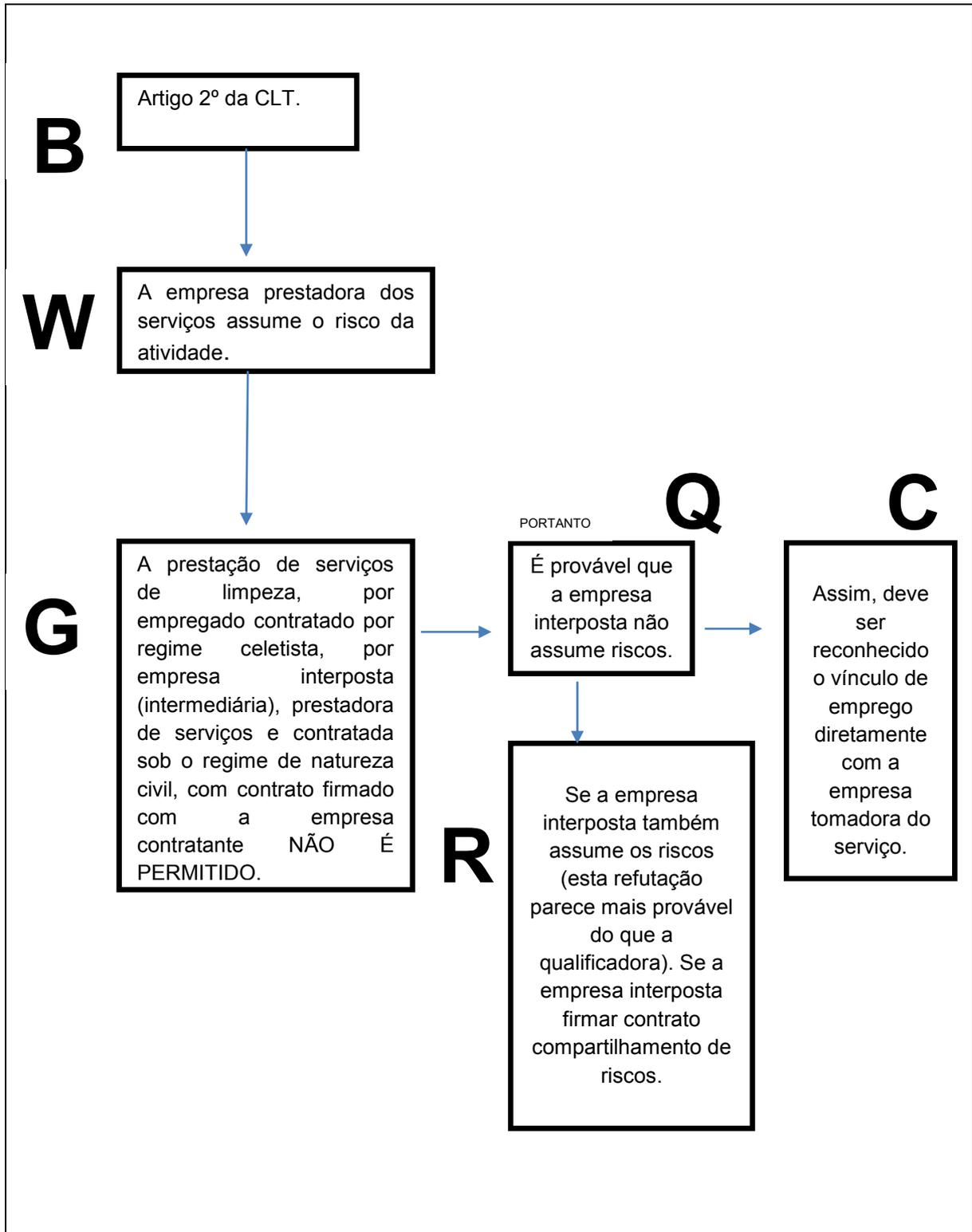
O meio para diminuir a incidência desse risco, quando não é certa a contratação, pode ser investir na diminuição do risco, ou seja, qualificar os prestadores de serviços ou desviar esse ônus para terceiros e, dessa forma, mitigar o risco da atividade.

Percebe-se como improvável a inexistência de riscos pela atividade exercida por uma empresa interposta prestadora de mão de obra.

A desvinculação da prestação de serviços com a atividade econômica da empresa contratante pode significar uma facilidade maior de realocação e consequente diminuição de risco, dado que não está subordinada ao sucesso econômico de uma empresa específica, mas sim de um mercado ou um nicho de mercado que oferece os riscos próprios.

Desse modo, o esquema de análise pode ser resumido da seguinte forma:

¹⁷⁷ MACKAAY, Ejan e ROUSSEAU, Stéphane. *Análise Econômica do Direito*. Tradução de Rachel Sztajn. 2ª Edição, São Paulo: Atlas, 2015. p. 130.



Fonte: Produção do próprio autor, (2016).

A garantia de item 08 estabelece que “a empresa prestadora dos serviços somente repassa o salário e, portanto, não se beneficia do resultado do trabalho prestado”.

Esta garantia está diretamente vinculada a anterior, quanto a questão envolvendo o risco da atividade, mas ao contrário desta, não há indicação de respaldo legal para a garantia estabelecida.

Trata-se, evidentemente, de uma certa simplificação da atividade de terceirização, como se envolvesse mero repasse de salários.

Pode-se perceber, explorando esta garantia, que se for mero repasse NÃO PODE. Ao contrário, seria permitido se o serviço prestado não fosse mero repasse, levando-se em conta a garantia isoladamente. Esta é a questão de refutação.

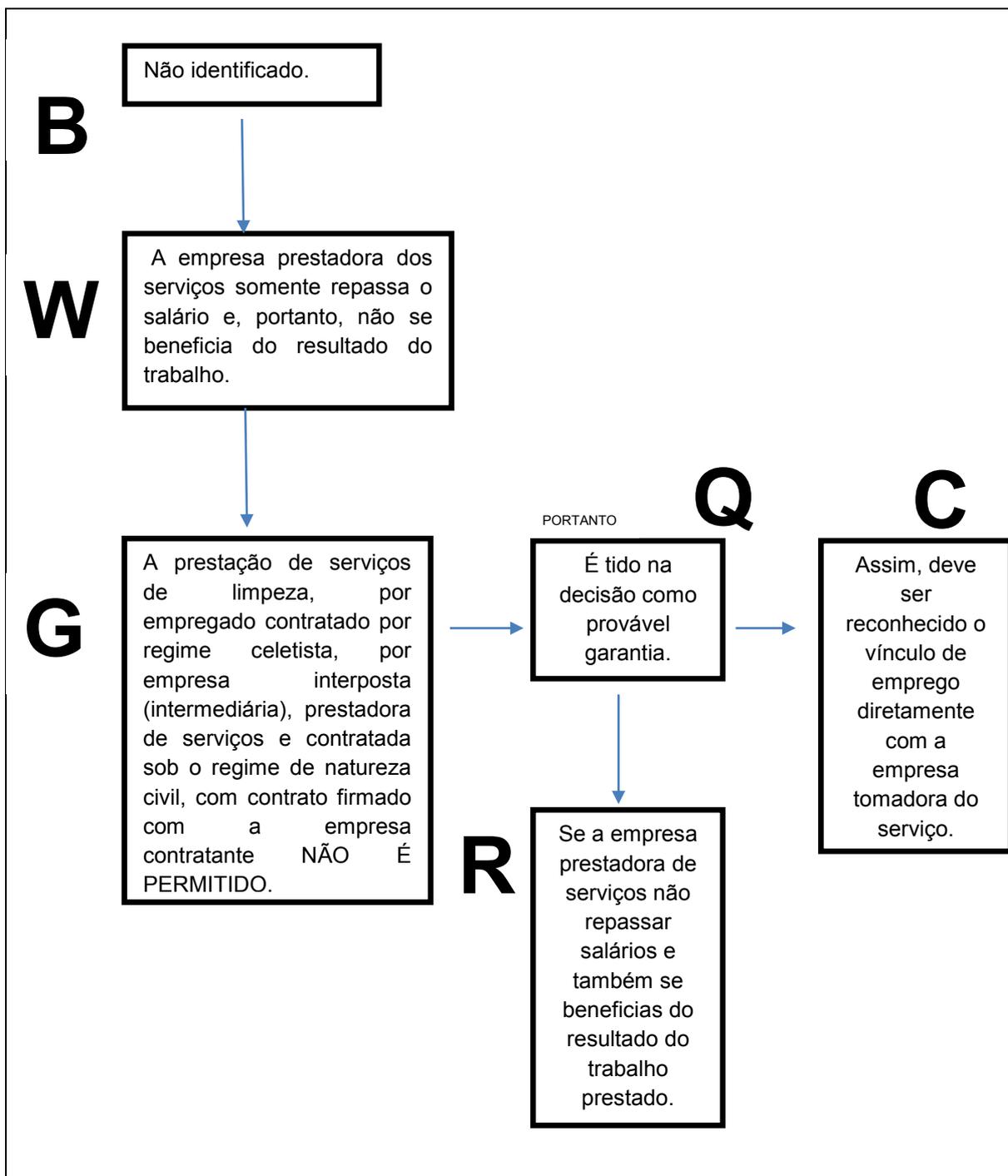
Novamente, a garantia estabelecida se assemelha mais a uma qualificadora, diante de uma certa presunção, mas sem respaldo em dados (pelo menos não mencionados na decisão), o que impossibilita uma porcentagem de probabilidade da presunção. Não pode ser enquadrada como garantia porque não é evidente, nem ao menos uma premissa social, seja moral ou estabelecida com embasamento legal ou sem apoio em uma “implicação positiva”¹⁷⁸.

Não cabe e nem é objetivo deste trabalho, explorar questões de fato (dados) envolvidas na refutação quanto ao tipo de serviço prestado e o papel das empresas prestadoras de serviço para identificar se há e quando há, mero repasse de salário sem nenhum tipo de intervenção das empresas contratadas.

Porém, pode-se refutar a garantia estabelecendo como critério de refutação exatamente o contrário: quando a empresa prestadora de serviços não só repassar salários e se beneficiar do resultado do trabalho prestado. Trata-se de uma possibilidade e não de uma necessidade, portanto.

Desse modo, o esquema pode ser resumido da seguinte forma:

¹⁷⁸ TOULMIN, Stephen E. Os usos do argumento. Trad. Reinaldo Guarany. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 175.



Fonte: Produção do próprio autor, (2016).

A garantia de item 09 estabelece que “a Lei 6.019/74 admite apenas a prestação de serviços temporários por empresa interposta”.

Nesta garantia há implicitamente a seguinte premissa: se não há Lei que autorize, não pode e a Lei 6.019/74 somente autoriza trabalho terceirizado temporário.

Diante disso, somente seria possível terceirizar quando se tratar de trabalho temporário, nos termos previstos na Lei em referência.

Percebe-se que não há uma proibição para terceirização, mas uma autorização para determinado tipo de terceirização: trabalho temporário. É possível terceirizar em caso de trabalho temporário por existência de Lei específica, se não houvesse Lei específica autorizando não seria possível.

Portanto, pode-se refutar a garantia ao se estabelecer uma outra premissa com relação a possibilidade diante da inexistência de impedimento legal: por não haver Lei proibindo é possível terceirizar em caso de trabalho temporário.

Ocorre que nesse caso haveria terceirização de qualquer forma, seja temporário ou não, diante da inexistência de Lei que estabelecesse o que pode ser considerado temporário. Em outras palavras, inexistindo Lei que regulamentasse a terceirização em caso de trabalho temporário, haveria um “limbo” sobre o que de fato é trabalho temporário e haveria terceirização tanto de trabalho temporário quanto de trabalho não temporário.

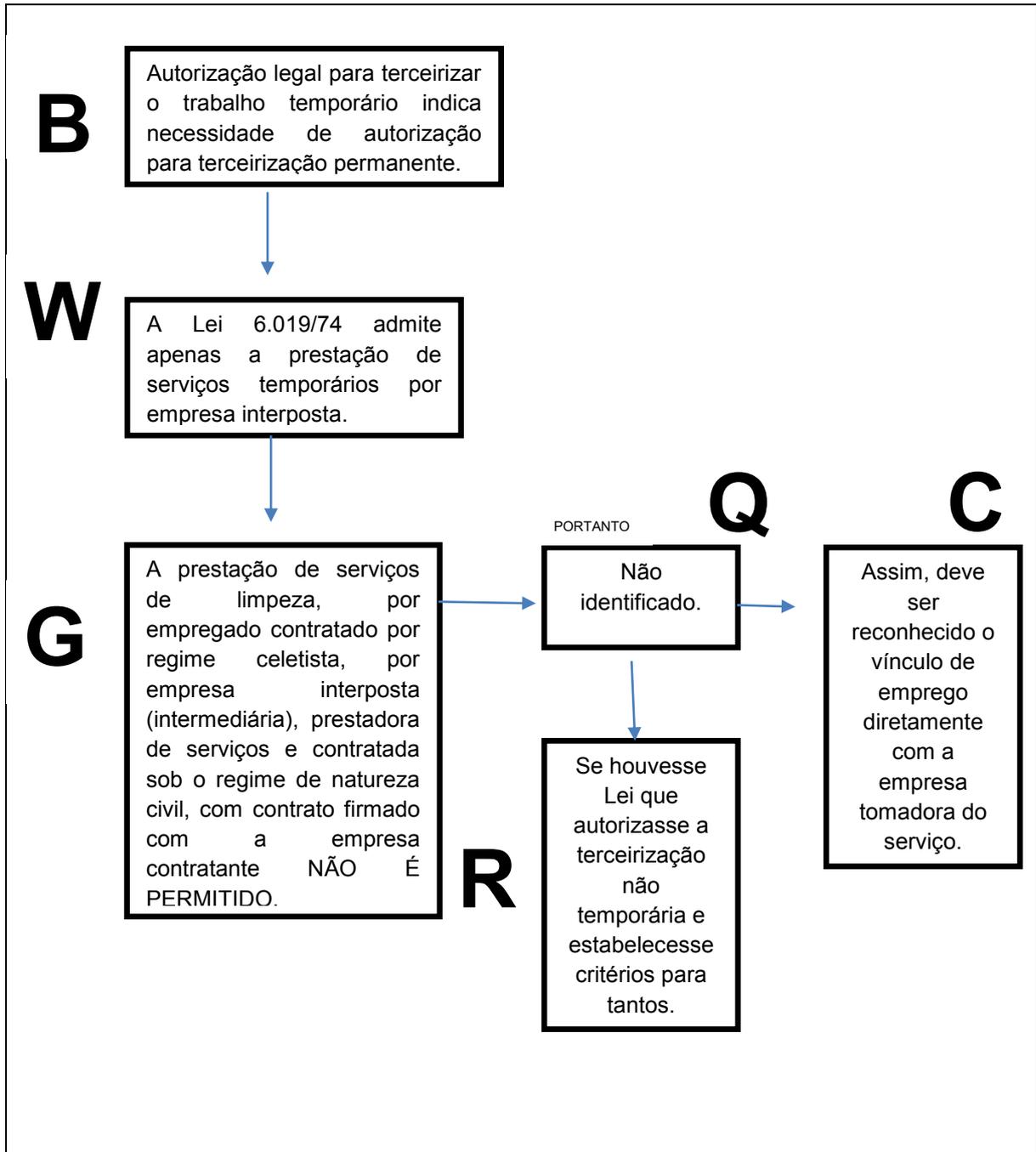
A expressão “temporário” demanda limitação pois, do contrário, não será temporário.

Mas o entendimento foi que havendo Lei que estabelece critérios para terceirização de trabalho temporário, deve-se supor que deveria haver Lei que estabelece também critérios para terceirizar em casos não temporários. E se não Lei que estabelece critérios para terceirização não temporária, deve-se restringir a terceirização, autorizando-se somente essa.

A questão de refutação seria a existência de Lei que autorizasse a terceirização não temporária e estabelecesse critérios para tanto.

Não houve identificação na decisão de questões envolvendo qualificadores modais a ensejar o preenchimento do quadro Q.

O esquema pode ser resumido da seguinte forma:



Fonte: Produção do próprio autor, (2016).

A garantia de item 10 estabelece que “a não integração do empregado na vida e no desenvolvimento da empresa ofende pilares constitucionais”.

Trata-se de uma garantia que aponta genericamente pilares constitucionais. Os princípios, fundamentos ou pilares necessitam da delimitação com identificação dos contornos e limites de cada direito, com a exata definição do âmbito de proteção

para sua aplicação. Ao se fazer referência a fundamentos, sem defini-los e sem indicar quais fundamentos estão sendo violados, torna ainda mais genérica a referência e impossibilita um aprofundamento de significado¹⁷⁹.

Pode-se perceber, porém, o aspecto social da garantia e certamente o Tribunal se respalda em fundamentos da ordem social para estabelecer essa garantia, principalmente da proteção dada pela Constituição Federal às relações de emprego.

Não se pode negar que a terceirização acarreta distanciamento entre o empregado prestador de serviços e a empresa contratante, até porque esta pretende, em regra, ter o serviço prestado e não uma relação pessoal com o empregado. Pois, do contrário, haveria pessoalidade e indicaria uma possível violação à legislação trabalhista.

A relação de emprego é caracterizada por pessoalidade, remuneração, não eventualidade e subordinação (artigo 3º da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT). Havendo pessoalidade fica mais próxima a caracterização da relação de emprego e configuração de fraude à legislação, ainda que a caracterização dependa dos outros requisitos, cumulativamente.

Em outros termos, não se pode, havendo pessoalidade, caracterizar relação de emprego com base neste requisito por si só, mas há uma aproximação dessa caracterização.

Na terceirização a empresa contratante define o tipo de serviço a ser prestado e estabelece critérios de qualidade, pouco importando quem presta o serviço, em regra. Existindo impessoalidade nas relações haverá, por evidente, um distanciamento nas relações.

A integração do empregado terceirizado no desenvolvimento da empresa fica prejudicada, até porque pode haver mudanças rotineiras do prestador de serviços, considerando que o importante para a empresa contratante é que o serviço seja prestado e não necessariamente quem presta o serviço. Essa é uma característica da terceirização.

¹⁷⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade. 4ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 468.

Ocorre que, ainda que estejamos de acordo com a premissa de que a terceirização causa um distanciamento nas relações de emprego e menor integração do empregado na vida e desenvolvimento da empresa (pela impessoalidade), em face da ausência de indicação na decisão dos fundamentos violados, não há como se estabelecer um respaldo em dispositivo legal constitucional a menos que estejamos preparados a admitir que há uma violação sem desafiar essa conclusão¹⁸⁰.

Mas, considerando a complexidade das relações envolvendo terceirização e pelas mudanças de entendimento do Tribunal ao longo do tempo (conforme análise MAD), exige-se um suporte mais rigoroso para essa conclusão.

Do ponto de vista social, talvez esse distanciamento possa causar prejuízos nas interações¹⁸¹ e isto seja uma questão a ser debatida a fim de que sejam identificadas boas razões para se considerar esse fato violador de fundamentos constitucionais, isto para que possamos passar das razões fáticas para as conclusões normativas¹⁸².

Na forma estabelecida na decisão, presume-se como violados fundamentos constitucionais quando não houver a integração do empregado no desenvolvimento da empresa contratante, sem ao menos haver indicação precisa dos fundamentos violados.

Pode-se considerar, portanto, a não integração do empregado na vida e desenvolvimento da empresa um fato e considerar que existam boas razões para não se permitir essa diminuição nas interações, mas não há como se extrair da decisão uma violação a fundamentos constitucionais, pois esta fica apenas implícita.

Estando implícita essa violação, somente podemos considerar violado um fundamento com uma qualificadora modal como “possivelmente”: possivelmente há violação de algum pilar constitucional. Mas a expressão possivelmente é um “labirinto”, porque não é uma previsão específica ou uma indicação precisa e, por

¹⁸⁰ TOULMIN, Stephen E. Os usos do argumento. Trad. Reinaldo Guarany. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 144.

¹⁸¹ Com relação as interações e sua importância, sugere-se leitura de FRASER, Nancy. Nancy Fraser: Social Justice in the Knowledge Society: Redistribution, Recognition, and Participation. (Art.)

¹⁸² ALEXY, Robert. Teoria da Argumentação Jurídica: teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva. 3ª Ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 86.

isso, demanda mais uma confiança em quem fala do que no argumento formulado¹⁸³.

Tem-se, portanto, a qualificadora de que “possivelmente há violação constitucional”. Essa possibilidade pode ser “desafiada” e exigir aprofundamento para que sejam indicados suporte como dados, fatos e, principalmente, especificação dos fundamentos violados.

Poder-se-ia refutar a alegação sob o argumento de que não há violação. Se fosse mais provável ou possível não haver violação, talvez a mera negativa fosse suficiente, da mesma forma que a afirmação de que há violação.

Porém, a simples negativa estaria no mesmo “campo do argumento” pois seria do mesmo tipo lógico, ou com o mesmo rigor de análise, similar a “eu sei que de fato viola um fundamento constitucional” ou “eu sei que de fato não viola um fundamento constitucional”¹⁸⁴.

Só o fato do Tribunal ter justificado como possível uma violação constitucional, ou seja, por ter admitido a existência de violação, já concedeu a esse argumento o “direito” de receber atenção, e essa possibilidade aceita pelo Tribunal somente pode ser ignorada posteriormente se houver uma boa razão¹⁸⁵.

A questão de refutação precisa superar o estágio inicial da qualificadora “possivelmente” a fim de se indicar possíveis soluções com possibilidades mais sérias e possibilidades menos sérias¹⁸⁶.

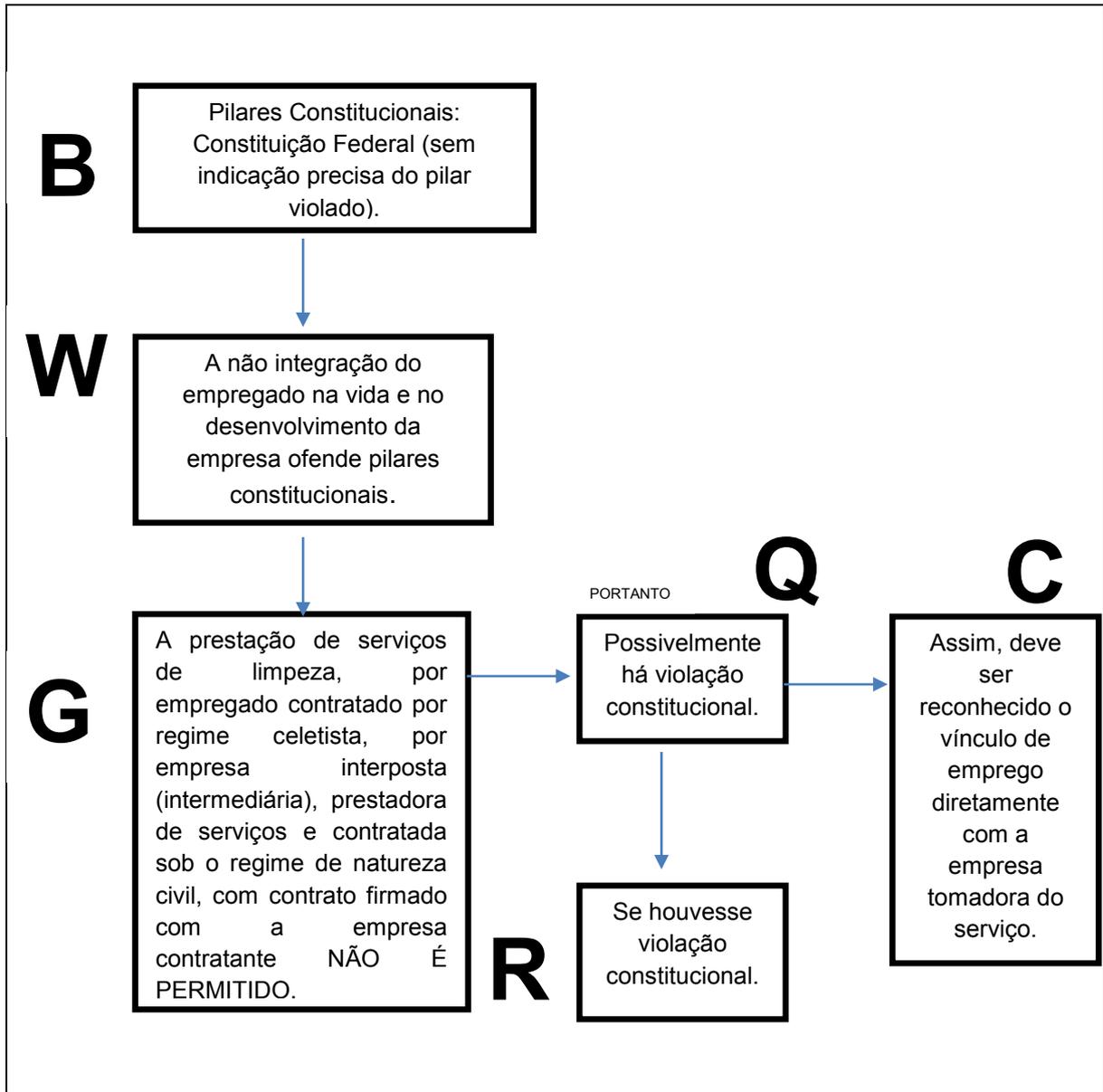
Desse modo, o esquema de análise pode ser resumido da seguinte forma:

¹⁸³ TOULMIN, Stephen E. Os usos do argumento. Trad. Reinaldo Guarany. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 88.

¹⁸⁴ *Ibid.*, op. Cit. , p. 20.

¹⁸⁵ *Ibid.*, op. Cit. , p. 27.

¹⁸⁶ *Ibid.*, op. Cit. , p. 26.



Fonte: Produção do próprio autor, (2016).

A garantia de número 11 estabelece que “os homens não podem ser objeto de locação, somente coisas podem sê-lo”.

Essa garantia está intimamente ligada à garantia número 4, que estabelece a impossibilidade de se tratar o trabalho como mercadoria.

Devemos tentar entender o que o Tribunal quis dizer com isso a fim de explorarmos o respaldo, qualificadores e questões de refutação.

Trata-se, primeiramente, de uma comparação da terceirização com a locação e, considerando que terceirizar equivale a locar e os homens não podem ser

objeto de locação, deve-se proibir a terceirização. Tem-se, portanto, dois pontos a serem explorados nessa garantia:

A analogia à locação; e a proibição de locação de mão-de-obra (que significa proibição à terceirização diante da analogia).

Percebe-se que o Tribunal quis dizer com isso que deve ser proibida a intermediação da locação de mão de obra. Porque a locação de serviços em si é lícita e mereceu tratamento pelo código civil no Capítulo VII que trata da prestação de serviço. Quando ocorre prestação de serviços não enquadrado em relação de emprego (é o caso do prestador de serviços com o contratante porque a relação de emprego existe apenas com o contratado) há uma locação de mão de obra.

O próprio direito romano já conhecia essa modalidade de locação em que o sujeito se comprometia a prestar serviços para outro mediante pagamento (*locatio conductio operarum*)¹⁸⁷.

A questão ilegal que se refere o Tribunal parece envolver a intermediação da locação de mão de obra, ou seja, um terceiro intermediar a relação entre o prestador de serviços e o tomador. Mas a locação de serviços não pode ser considerada ilegal, por conta da própria autorização legal do código civil. Se assim fosse estaríamos proibindo qualquer tipo de prestação de serviço que não houvesse relação de emprego entre o prestador de serviços e o tomador, isto de forma contrária ao que estabelece o código civil.

Nesse caso, a questão de refutação seria a possibilidade de ser locar a mão de obra e, portanto, serviços serem passíveis de locação.

Se, de fato, o Tribunal estiver proibindo a intermediação da locação de mão de obra, ou a intermediação da prestação de serviços, haverá uma proibição generalizada de qualquer pessoa jurídica contratar um empregado e firmar um contrato com uma outra pessoa jurídica para prestar serviços.

Na época da decisão era impossível se prever os efeitos de uma economia colaborativa, por exemplo, em que um aplicativo faz o intermédio entre um prestador de serviços e um destinatário final. Trata-se de uma intermediação de locação de mão de obra que, no teor da decisão, seria ilegal.

¹⁸⁷ VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil – Contratos em espécie – 4ª Ed. – São Paulo: Atlas, 2004. – (Coleção direito civil - v.4), p. 137.

Essa impossibilidade de previsão dos efeitos de determinada decisão é o que reforça a necessidade de se limitar pouco as relações sociais. É impossível a previsão de fatos específicos, mas somente características gerais do ambiente¹⁸⁸. Nas palavras do próprio autor:

(...) sempre só seremos capazes de fazê-lo levando em conta todo o sistema das demais normas que, em conjunto, determinam a ordem de ação naquela sociedade. Mas jamais seremos capazes de reconstruir racionalmente, da mesma maneira, o sistema de normas em sua totalidade, pois carecemos do conhecimento de todas as experiências que participaram de sua formação. O sistema de normas em sua totalidade nunca poderá, portanto, ser reduzido a uma construção intencional voltada para os propósitos conhecidos; deve, antes, continuar sendo para nós o sistema herdado de valores que orientam aquela sociedade(...) aquela ordem abstrata do todo que não visa à obtenção de resultados conhecidos, sendo, antes, preservada como um meio auxiliar para a consecução de grande variedade de propósitos individuais.

Havendo predominância da proibição, inúmeras possibilidades das relações individuais poderiam ser impedidas, dentre elas a própria intermediação de serviços de aplicativos como o UBER¹⁸⁹, por exemplo.

Esse aplicativo faz a intermediação entre o prestador de serviços e o destinatário final, sem que haja vínculo de emprego entre o prestador de serviços e a empresa intermediadora. Se pensarmos, porém, conforme decisão da Suprema Corte inglesa¹⁹⁰, que há vínculo de trabalho entre a empresa intermediadora de serviços e o prestador de serviços¹⁹¹ haverá mera terceirização de mão de obra, com a única diferença sendo a impossibilidade de identificação prévia do destinatário. A garantia, na forma em que está, proibiria esse tipo de intermediação.

Na análise MAD do segundo Capítulo, identificou-se um abrandamento dessa garantia e o Tribunal passou a admitir a intermediação de mão de obra desde

¹⁸⁸ HAYEK, Friedrich A. Direito, Legislação e Liberdade. São Paulo: Visão, 1985, p. 1-34.

¹⁸⁹ Os Serviços integram uma plataforma de tecnologia que permite aos(às) Usuários(as) de aplicativos móveis ou sítios de Internet da Uber, fornecidos como parte dos Serviços (cada qual um “Aplicativo”), providenciar e programar Serviços de transporte e/ou logística com terceiros provedores independentes desses Serviços, inclusive terceiros fornecedores independentes de transporte e terceiros fornecedores independentes de logística mediante contrato com a Uber ou determinadas Afiliadas da Uber (“Prestadores Terceiros”). Conforme termo de serviço disponibilizado no sítio eletrônico da empresa: <https://www.uber.com/pt-BR/legal/terms/br/>. Acesso em 20/11/2016 às 11:24.

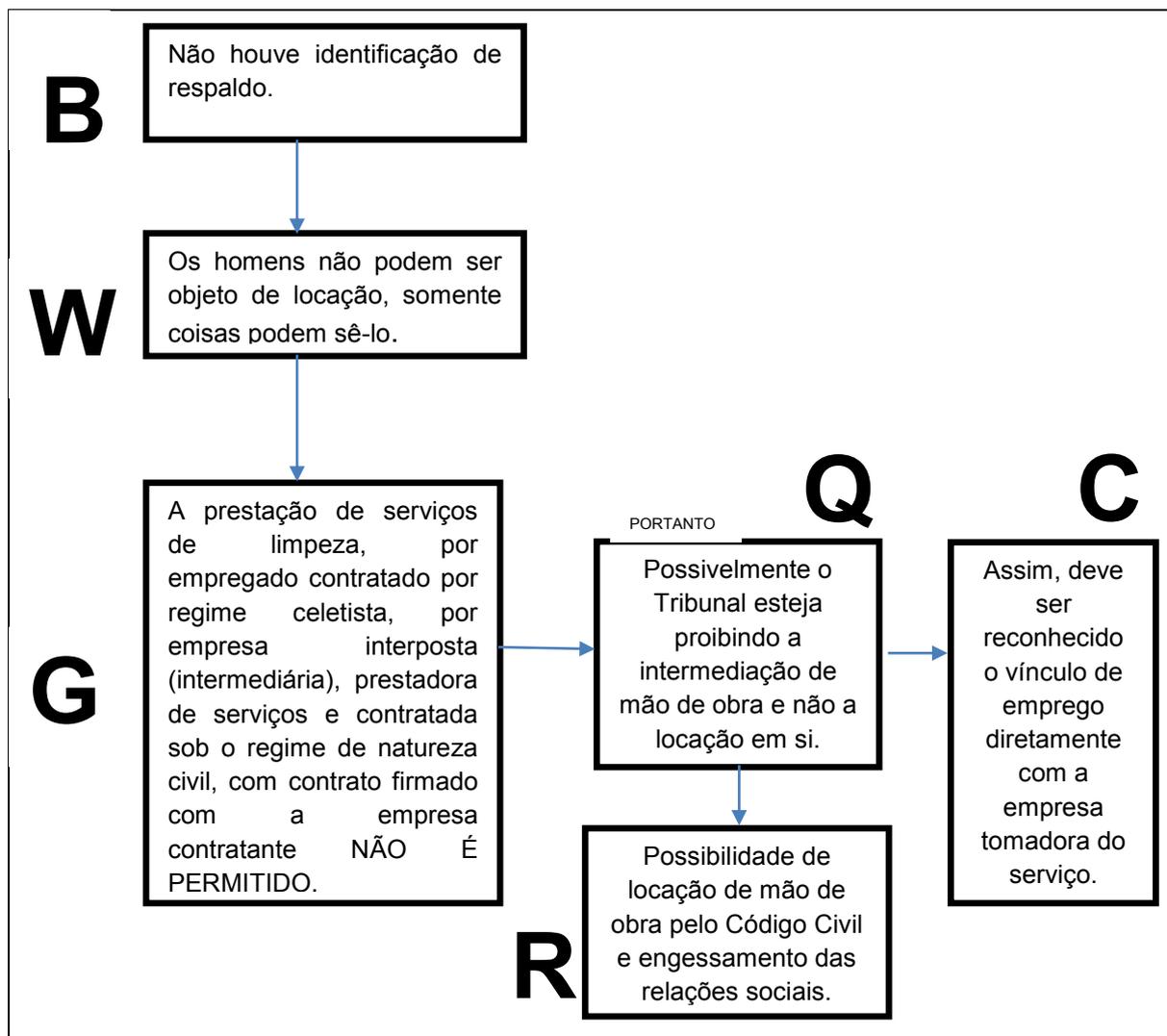
¹⁹⁰ FRAZÃO, Ana. A decisão do Reino Unido sobre os motoristas da Uber: o que ela ensina?, 2016. Disponível em: < <http://jota.info/decisao-reino-unido-sobre-os-motoristas-da-uber-o-que-temos-aprender-com-ela>> novembro 2016 às 11:33.

¹⁹¹ Não necessariamente vínculo de emprego conforme previsto no Brasil, por se tratar de decisão emanada em Tribunal do Reino Unido.

que a atividade prestada fosse atividade-meio. Nesse caso, haverá proibição da locação de mão de obra de licenças de táxi, por exemplo. O proprietário de uma licença de táxi não poderia contratar um prestador de serviços (motorista) para prestar serviços a destinatários indeterminados porque estaria terceirizando atividade-fim. Tem-se, portanto, que a restrição imposta pelo Tribunal pela impossibilidade de locação de mão de obra inviabilizaria inúmeros tipos de prestação de serviços impossíveis de se conhecer previamente (impossibilidade de conhecimento de todas as experiências ou dos resultados). Engessaria as relações sociais (variedade de propósitos individuais) em contradição a evolução histórica das relações pois, como visto, a locação de mão de obra vem desde, pelo menos, o direito romano.

Desse modo, as questões de refutação podem ser resumidas em: possibilidade de locação de mão de obra pelo código civil e engessamento das relações sociais. Presume-se, porém, que o Tribunal esteja se referindo a intermediação de mão de obra (serviços) e não a prestação de serviços em si.

O esquema de análise pode ser resumido da seguinte forma:



Fonte: Produção do próprio autor, (2016).

A garantia de número 12 estabelece que “o lucro equivale apenas a diferença paga entre a empresa-cliente e o salário que a empresa prestadora de serviços paga aos empregados, sendo nada mais do que uma retirada antecipada sobre o salário”.

Parte-se, nessa garantia, da premissa de que há um mero repasse de salário e a empresa contratada não tem nenhuma responsabilidade ou papel que justifique a intermediação e por isso não faz nada mais que repassar os salários e reter eventual diferença. Ainda, tal retenção equivale a uma retirada antecipada do salário.

Há uma premissa de simplicidade no papel da empresa prestadora do serviço, que não faz nada mais que repassar o salário. Não se pode dizer que não

seja possível essa situação fática, mas devemos admitir que existem outras possibilidades.

A questão é se TODAS as empresas apenas repassam o salário, ALGUMAS empresas repassam o salário ou POUCAS empresas só repassam o salário? Ou se trata de uma situação provável? Ou seja, a impossibilidade nos remete ao não pode porque é provável que aconteça ou não pode por que de fato acontece?

De toda forma, não podemos admitir que a situação fática de haver um mero repasse e, conseqüentemente, uma retirada antecipada sobre o salário se trata de uma situação impossível, porque seria o mesmo que afirmar que se trata de uma situação certa em todas as situações.

Talvez se esteja no chamado “perigo da simplicidade” (em termos lógicos) que mereceu um tópico específico por Toulmin, o qual exploraremos um pouco mais adiante. Deve-se explorar a complexidade envolvida na terceirização. Pode-se citar pelo menos 7 (sete) características da terceirização em uma escala de cadeia global de economia:

1. Existem atividades que são realizadas no local da empresa contratante, segundo a competência da contratada e os padrões técnicos ditados pela contratante. Quem ali trabalha, veste dois ou mais chapéus ao mesmo tempo. A sincronia tem de ser adequada.
2. Outras atividades são executadas no local da contratada ou à distância, mas sob a subordinação técnica da contratante. Funcionários da contratante trabalham nos sítios da contratada. Todos em necessária harmonia técnica.
3. Há contratos em que os empregados de uma contratada servem apenas uma contratante. Alguns pertencem ao quadro fixo da contratada; outros são por ela contratados para atuar naquele contrato específico. E todos trabalham em parceria – no mesmo ambiente ou ambientes diferentes.
4. Em outros casos, a mesma contratada serve várias contratantes com o mesmo quadro de pessoal. A alocação do tempo é dividida e compartilhada por vários projetos. A depender das necessidades de trabalho, a contratada amplia ou encolhe o seu quadro de pessoal e, quando necessário, agrega pessoal auxiliar variável.
5. Nos contratos de terceirização, é comum encontrar gente que entra, gente que sai, assim como gente que volta, formando um verdadeiro caleidoscópio: a cada momento a força de trabalho envolvida apresenta uma imagem diferente. As relações são cambiantes e as mais variadas. É difícil distinguir quem é quem.
6. Há atividades executadas pela contratada na jornada normal da contratante. Há outras que precisam ser realizadas fora da jornada normal, em horas atípicas e que, apesar disso, exigem a presença e a colaboração de profissionais da contratante e da contratada.
7. Há contratos realizados entre empresas do mesmo setor nos quais os envolvidos pertencem às mesmas categorias profissionais. Outros envolvem setores e categorias diferentes, cada uma com sua convenção coletiva. Torna-se cada vez mais comum a mescla de atividades industriais com as comerciais e as de serviços – executadas nas mesmas empresas – e se

afastando cada vez mais do paradigma convencional segundo o qual as empresas eram rigidamente divididas em primárias, secundárias e terciárias¹⁹².

Há, desse modo, uma complexa gama de relações entre os prestadores de serviços, empresa contratada e contratante.

Além disso, a empresa contratada, ainda que seja mera repassadora de recursos, exerce funções conhecidas como de recursos humanos (ARH), que envolve administração da parte burocrática na relação de emprego como pagamentos, registros, contratação, demissão, escalas de trabalho, recolhimento de impostos, dentre outras.

Pode-se considerar, porém, que o Tribunal entendeu como a atividade de ARH não suficiente aponto de justificar uma terceirização e que a empresa não pode exercer a atividade meramente de ARH. Deste modo estaria estabelecida uma limitação na forma de terceirização, mas não estaria limitada a terceirização em si.

Há, portanto, boas razões para a situação fática de “mero repasse” ser uma simplificação das relações envolvendo a terceirização.

Toulmin, ao diferenciar a lógica prática da idealizada chama a atenção para os perigos da lógica do padrão tradicional para análise de micro argumentos: premissa menor, premissa maior, assim conclusão. Esta análise ocorre na decisão em face da aceitação de uma premissa menor de que “o lucro equivale apenas a diferença paga entre a empresa-cliente e o salário que a empresa prestadora de serviços para aos empregados” (premissa menor) e “todas as empresas-clientes tem a mesma relação” (premissa maior), assim não é “nada mais do que uma retirada antecipada sobre o salário” (conclusão).

Ocorre que, segundo o autor, há pelo menos 6 funções a serem desempenhadas em diferentes espécies de proposição, envolvendo questões de refutação, garantias, qualificadores, afirmações sobre aplicabilidade ou inaplicabilidade de garantias, dentre outras¹⁹³.

¹⁹² PASTORE, José. Terceirização: necessidade para a economia, desafio para o direito. São Paulo: LTr, 2015, p. 41.

¹⁹³ TOULMIN, Stephen E. Os usos do argumento. Trad. Reinaldo Guarany. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 202.

Nesta garantia específica, apenas a complexidade envolvida na terceirização já é suficiente para refutar a lógica envolvida na situação fática de mera repassadora da empresa contratada.

A principal diferença entre a lógica idealizada e a substancial nesta garantia reside na impossibilidade de se afirmar que TODAS (diante da complexidade das relações) as empresas contratadas são apenas repassadoras de salários, o que implica em refutação da conclusão de “retirada antecipada do salário”.

Tem-se, portanto, este ponto de refutação: complexidade nas relações e, assim, impossibilidade de se afirmar que TODAS as empresas contratadas são apenas repassadoras de salário. Há um questionamento da própria premissa envolvida.

Pode-se questionar tal premissa diante da ausência de respaldo na decisão. Não há, por exemplo, qualquer menção ao dispositivo legal ou princípio constitucional que se vincule à garantia de que a terceirização implica em resgate antecipado de salário. Esta premissa possui caráter menos legal e mais fático, envolvendo dados.

Um dado que poderia corroborar com essa premissa seria: identificou-se com base em pesquisa empírica que as empresas contratadas não fazem nada mais do que repassar os salários para os prestadores de serviço, sendo totalmente desnecessária tal intermediação.

Neste caso, de fato, talvez não valesse a pena para a empresa contratante contratar uma empresa que não faz nada mais do que se apropriar de parte do lucro, valeria a pena para a empresa contratante contratar diretamente o empregado visando diminuição de custos em face da retenção da empresa intermediária. Se a empresa contratante não tivesse essa intenção (diminuição de custos), somente poderia justificar a manutenção da relação em face de algum tipo de ganho, mas qualquer ganho diferente da eficiência, diminuição de custos e melhoria de produtos pode significar desvio de finalidade, situação que se amoldaria à restrição imposta pelo Tribunal.

Porém, não há nenhuma indicação na decisão desse tipo de respaldo, seja fático, legal ou princípio lógico. Ao contrário, seria precipitado imaginar que uma empresa concordasse em contratar outra somente para aumentar os custos de produção. Isto pode comprometer a sobrevivência de uma empresa.

Uma indicação de benefícios e malefícios da terceirização por um Banco Canadense (BDC – Banco de Desenvolvimento do Canadá) voltado para empresas mostra que de fato o mercado faz esse tipo de análise sobre as vantagens de se terceirizar:

Here are some advantages of outsourcing:

1. **Financial benefits**—Clean up your balance sheet by eliminating assets, and have a more stable cash flow;
2. **Strategic optimization**—Think about your company's core mission and whether it is relevant to continue certain operations;
3. **Better management of the outsourced activity**—In theory, you can choose a supplier that is a leader in the field;
4. **Market discipline**—You can align your costs with those of suppliers in the field;
5. **Technology**—In theory, you gain access to state-of-the-art technologies
6. **Flexibility**—The resources no longer used in one area can be redirected to the company's core operations.

Here are some risks of outsourcing:

1. **Loss of expertise**—You lose know-how and skills that may prove critical to your long-term competitiveness. Information from suppliers helps in new product development;
2. **Dependence on the supplier**—If you resume carrying out the outsourced activity yourself, it can take years to reach the level of performance you used to enjoy. But if the supplier's service deteriorates, or if their price rises, you may want to take back the activity;
3. **Loss of control over costs**—Improved production facilities may generate larger gains than outsourcing. Look at internal solutions before considering external solutions.

Here are some reasons not to outsource a production facility:

1. You have highly qualified employees;
2. You need contact with suppliers and customers;
3. Research and development is done in the plant;
4. Production operations are properly focused;
5. You have control over production costs.

Here are some lessons on outsourcing:

1. Look for compatible goals;
2. Focus on the best solution, not the lowest price;
3. Use a very detailed contract and up-to-date legal experts;
4. Share risks;
5. Involve key players;
6. Document the transition phase;
7. Communicate clearly from the beginning;

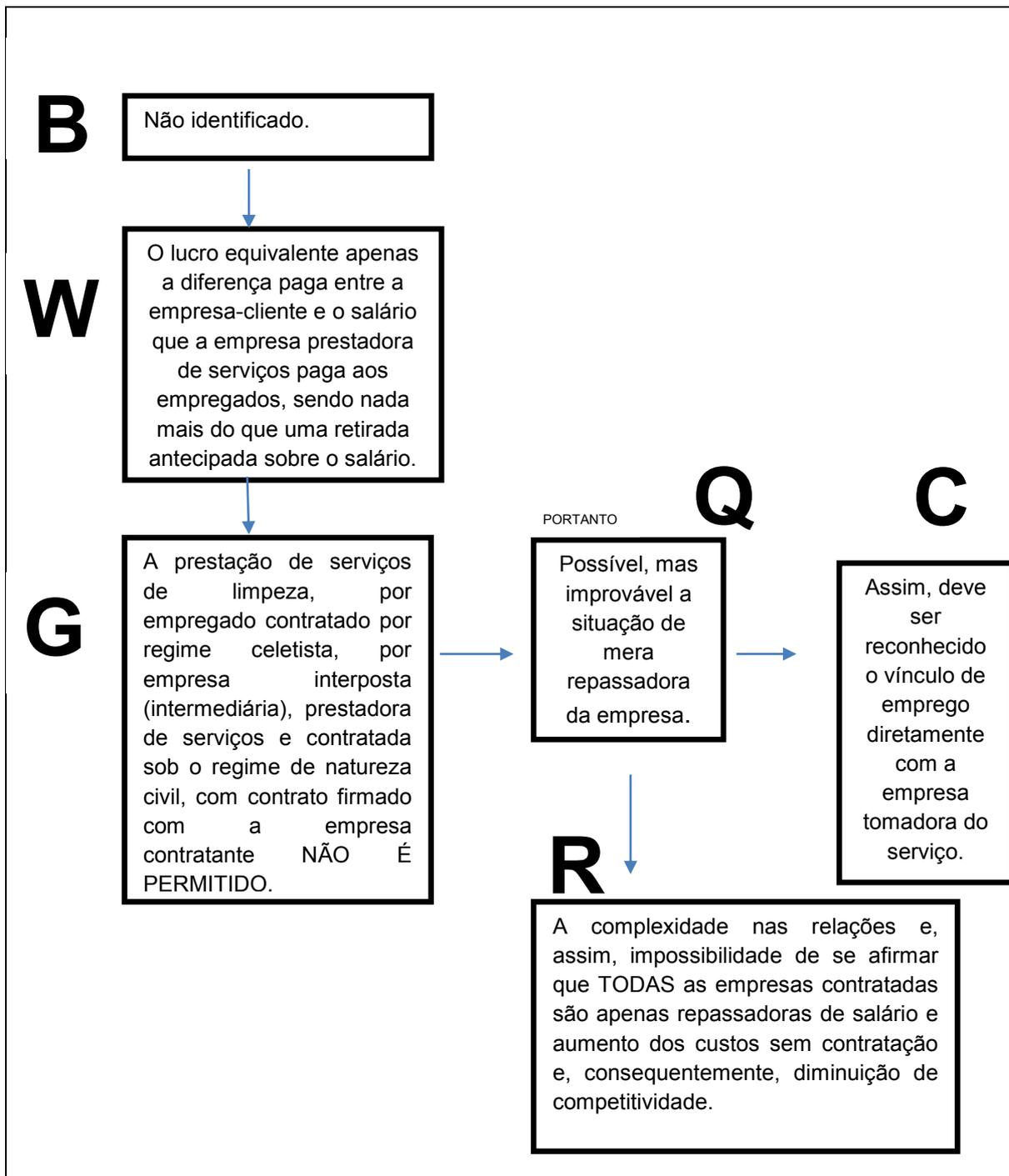
8. When outsourcing, look for suppliers who are credible in the field and compatible with your needs, remain flexible as needs change, have the skills you need, can save you money and offer the quality of service you need¹⁹⁴.

Os benefícios para contratação de empresas terceirizadas envolvem ganhos financeiros, qualquer diferença disso envolve ganhos de produção, melhor gestão, flexibilidade, dentre outros.

Deste modo, para a empresa contratante somente valeria a pena um custo maior com a contratação de uma empresa prestadora de serviços se houvesse ganhos de produção, ou seja, a empresa contratada deveria agregar alguma coisa e não apenas efetuar o repasse dos salários. Se esta fosse a realidade, a empresa contratante estaria agindo de forma ineficiente e tenderia a perder posição no mercado. Esta é outra questão de refutação.

Como qualificadora, há a própria presunção de que podem haver empresas que apenas fazem o repasse, apesar de improvável, conforme refutações acima. Tem-se o esquema da seguinte forma:

¹⁹⁴<https://www.bdc.ca/en/articles-tools/operations/operational-efficiency/pages/outsourcing-pros-cons.aspx>. Acesso em 27.11.16 às 14:19.



Fonte: Produção do próprio autor, (2016).

A última garantia identificada, garantia de número 13, estabelece que “há consequências antissociais e aviltamento das relações laborais”.

Trata-se, evidentemente, de uma garantia consequencialista de que ao se autorizar a terceirização haverá consequências antissociais e um rebaixamento das relações de emprego.

Há a premissa de que terão consequências antissociais caso seja admitida a terceirização no ordenamento jurídico, ainda que essas não estejam claras na decisão. Não há especificação dos tipos de consequências antissociais que poderiam ocorrer, apenas a questão do rebaixamento das relações de emprego.

Na análise qualitativa identificamos que a sanção para a terceirização considerada ilegal é a responsabilidade da empresa contratante quanto as verbas salariais, ou seja, para evitar prejuízos ao empregado cabe à empresa contratante pagar eventuais salários e verbas salariais não pagas.

Cabe pensar se pagar verbas salariais, portanto, equivale a garantir ao não aviltamento ou, ainda, que as consequências antissociais seriam o trabalho sem a respectiva remuneração.

Ocorre que essas consequências são imediatas quando se responsabiliza a empresa contratante pelas verbas não pagas pela empresa contratada, garantindo-se o salário dos empregados.

Pelas características da decisão, aparentemente há uma preocupação social mediata, com consequências mediatas sobre a terceirização, ou seja, consequências de longo prazo que podem acarretar rebaixamento ou consequências antissociais. Pode-se presumir (e aqui entramos na questão de qualificação), ou seja, presume-se que haverá consequências antissociais e rebaixamento das relações de emprego no longo prazo. Trata-se de uma presunção e não de uma certeza, isto em face das inúmeras variáveis envolvidas em análises de longo prazo, impossíveis de serem previstas em sua plenitude antecipadamente¹⁹⁵.

A questão de refutação envolve justamente o contrário: se não houvesse aviltamento ou consequências antissociais. Ocorre que ao se fazer esta afirmação, haverá o mesmo problema da afirmação envolvendo a garantia: a impossibilidade de previsões certas de longo prazo. Haverá apenas uma presunção de que não haverá o aviltamento ou consequências antissociais.

Porém, qual presunção tem um maior grau de acerto? Pode-se pensar em um certo grau de probabilidade? A impossibilidade de previsão das consequências

¹⁹⁵ Sobre isso: KAHNEMAN, Daniel. Rápido e devagar: duas formas de pensar. Trad. Cassio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, HAYEK, Friedrich A. Direito, Legislação e Liberdade. São Paulo: Visão, 1985, p. 1-34 e PARGLENDER, Mariana. SALAMA, Bruno Meyerhof. Direito e consequência no Brasil: em busca de um discurso sobre o método. Disponível em <http://bibliotecadigital.fgv.br>. Acesso em 30/08/2015.

de longo prazo dificulta, também, a análise de probabilidade nas relações sociais. O fato é que essas análises são realizadas no dia a dia, seja pelos Tribunais, pelas instituições públicas ou privadas como nas diversas relações sociais.

Não é o objetivo deste trabalho analisar o consequencialismo como método, as formas de análises consequencialistas ou critérios para tais análises, mas apenas seu aspecto lógico com base na lógica prática defendida por Toulmin.

Desse modo, considera-se a questão “aviltamento das relações de emprego e consequências antissociais” uma hipótese. Como argumento para justificar uma decisão, qual a lógica dessa hipótese?

Pode-se considerar como um argumento válido, sólido, convicto ou forte?

Para tanto, não devemos negligenciar determinadas distinções que devem ser feitas nessa análise¹⁹⁶:

1. A diferença entre argumentos necessários e argumentos prováveis; isto é, entre argumentos em que a garantia nos dá direito de argumentar inequivocamente até a conclusão (e que rotulam como qualificador modal “necessariamente”), e argumentos em que a garantia só nos dá direito a conclusões provisórias (que se qualificam com um “provavelmente”), a conclusões sujeitas a exceções que se marcam com “presumivelmente”) ou a conclusões condicionadas (que se marcam com desde que...”);
2. A diferença entre argumentos que são formalmente válidos e argumentos que não se pode esperar que sejam formalmente válidos, qualquer argumento é formalmente válido se for exposto de tal modo que se possa chegar à conclusão mediante uma adequada disposição dos termos nos dados e na garantia. (Um dos atrativos da lógica formal sempre foi a possibilidade de a análise de validade, neste sentido, depender exclusivamente de questões de forma).
3. A diferença entre os argumentos, inclusive os silogismos ordinários, em que se conta com uma garantia cuja adequação e aplicabilidade foram previamente estabelecidas, e os argumentos que visam a estabelecer a adequação de uma garantia;
4. A diferença entre os argumentos, inclusive os silogismos ordinários, em que se conta com uma garantia cuja adequação e aplicabilidade foram previamente estabelecidas, e os argumentos que visam a estabelecer a adequação de uma garantia;
5. A diferença entre argumentos expressos em termos de “conectivos lógicos” ou quantificadores e argumentos não expressos deste modo. As palavras lógicas aceitáveis incluem “todos”, “alguns”, “ou” e algumas outras, que são firmemente arrastadas para longe das cabras não-lógicas, isto é, para longe da generalidade de substantivos, adjetivos e coisas semelhantes, e de conectivos e quantificadores desregrados como a “maioria”, “alguns poucos”, “exceto”. Dado que a validade dos silogismos está intimamente ligada à adequada distribuição das palavras lógicas dentro

¹⁹⁶ TOULMIN, Stephen E. Os usos do argumento. Trad. Reinaldo Guarany. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 212.

das sentenças que os compõem, lá vamos nós, outra vez, incluindo os silogismos válidos na primeira das nossas classes.

6. A diferença fundamental entre argumentos analíticos e argumentos substanciais, que só pode ser mitigada se nossas garantias de inferência forem afirmadas sob a forma tradicional – “todos os (ou nenhum) A’s e B’s”.

Partindo-se do primeiro ponto, utilizando-se da análise MAD do primeiro Capítulo e evolução da jurisprudência, tem-se que a garantia estabelecida é temporária. A premissa de que a terceirização causa o aviltamento e consequências antissociais admitiu exceções com a terceirização de atividades meio. Trata-se de uma exceção e condicionante: pode terceirizar desde que seja atividade meio. É, ao mesmo tempo, condicionante e exceção e no atual contexto podemos perceber como temporária.

Seria diferente se a exceção e a condicionante fossem dadas apenas para uma adequação legal da qual o tribunal não pôde suportar, mas esse ainda mantivesse o entendimento de que terceirizar, em todas as suas formas, se trata de algo que trará consequências antissociais e aviltamento.

Em outras palavras, seria o mesmo que dizer “terceirizar causa aviltamento das relações e consequências antissociais, exceto no caso de terceirização da atividade meio.

Mas no segundo Capítulo pudemos perceber que não houve mudança na legislação, apenas de entendimento do Tribunal, a legislação continuou a mesma, não houve mudança legal a justificar mudança de posicionamento, tratou-se de mudança da própria análise do Tribunal que passou a admitir essa exceção e condicionante. Então, de fato, essa premissa (garantia) tinha caráter temporário o que fortalece o argumento de presunção da premissa.

O segundo ponto de refere a forma do argumento. Trata-se de um argumento formalmente válido, considerando que apresenta uma premissa menor (os fatos), a premissa maior (a garantia do aviltamento e consequências) e conclusão (proibição).

Quanto ao terceiro ponto, o Tribunal parte da premissa de que haverá consequências antissociais e aviltamento das relações, sem justificar essa premissa.

Dito de outro modo, não está o Tribunal estabelecendo uma premissa e justificando-a, mas estabelecendo uma restrição com base em uma premissa supostamente já posta, ou seja, a restrição legal foi estabelecida com base na premissa não justificada, mas justificante.

A premissa foi considerada como adequada e aplicável ao caso, como se estivessem previamente estabelecidas sem necessidade de justificá-la. Somente um respaldo, apoio ou aval poderia garantir a validade, relevância e vigência da garantia estabelecida.

Porém, o Tribunal não indicou nenhum apoio a fim de justificar a garantia dada, seja de ordem moral ou legal considerando o campo de atuação jurídico, mas trouxe como pano de fundo um aspecto social, na impossibilidade de se admitir uma relação de trabalho cujas consequências possam ser danosas à sociedade.

Pode-se supor, porém, o aspecto moral da impossibilidade de retrocesso nas relações de trabalho¹⁹⁷, ou seja, se haverá rebaixamento, rebaixamento não é possível, porque não é possível retrocesso e, assim, deve-se proibir a terceirização. Esta poderia ser uma possível justificativa implícita e para tanto deveríamos admitir a vinculação do direito com a moral neste caso.

Em todo caso, seria uma adequação posterior, não prévia, da suposta premissa moral estabelecida.

No ponto número 05, deve-se analisar determinados termos que possam caracterizar a “não lógica” como “maioria”, “alguns poucos”, “exceto” considerando a necessidade de se avaliar a distribuição das palavras lógicas. A garantia estabelece uma certeza: há consequências antissociais e aviltamento, sem nenhuma exceção neste momento. Não há nenhuma diferença a ser considerada, portanto. Somente com a mudança de entendimento a ser processada ao longo do tempo, conforme vimos na análise do primeiro capítulo, haverá a inclusão de “exceções”.

Se considerássemos como inquestionavelmente verdadeira a premissa das consequências antissociais e aviltamento das relações de trabalho teríamos uma lógica analítica, similar à lógica matemática, só que no campo do direito, moral e relações sociais. Para tanto, isso demandaria um respaldo ou apoio inquestionável, ou seja, as consequências deveriam ser certas e precisas. Esta é a principal questão de refutação: a impossibilidade de certeza das consequências.

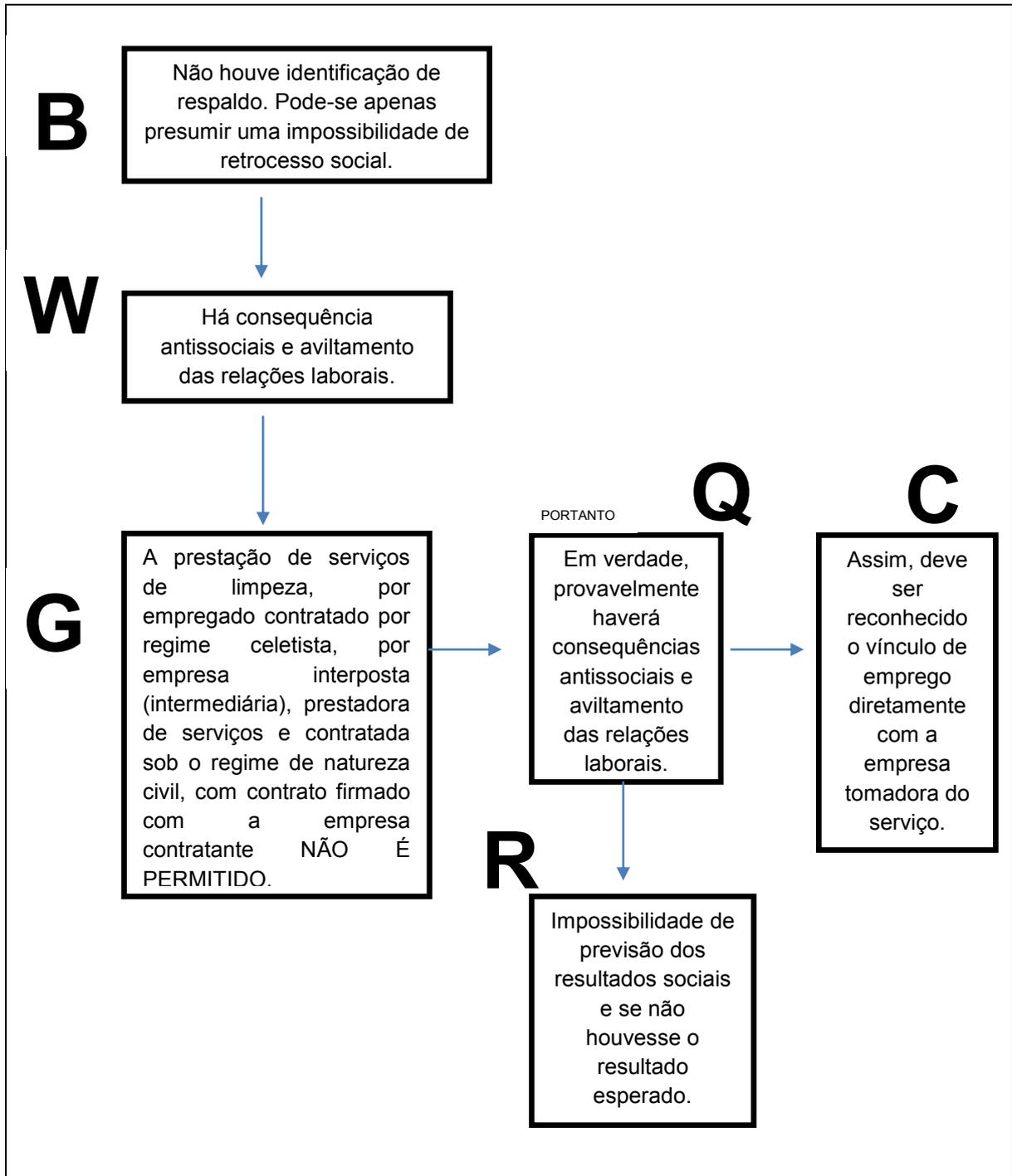
O respaldo não foi identificado. Houve presunção de um respaldo moral envolvendo impossibilidade de retrocesso social. Mas essa possibilidade somente

¹⁹⁷ ATIENZA, Manuel y JIMENEZ, Manuel. “Entrevista a Stephen E.Toulmin”. Doxa , num.13. 1993, p. 332. Toulmin considerava ser possível extrairmos questões morais de todas as atividades sociais.

deveria vir à tona se estivesse caracterizada como, pelo menos, provável a garantia estabelecida, dado que não é certa.

A qualificadora nos remete a presunção do Tribunal de que tal situação acarretará consequências sociais indesejáveis.

Tem-se, portanto, o esquema da seguinte forma:



Fonte: Produção do próprio autor, (2016).

Essas foram as análises das 13 garantias da decisão que estabeleceu a proibição da terceirização de mão de obra: o primeiro precedente julgado em sede de repetitivo em 1984.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O TST estabeleceu uma regra sobre a terceirização de mão de obra na Súmula de nº 331 e este precedente possui força normativa conforme explicitado no Capítulo I.

A Súmula 331 do TST estabeleceu uma proibição com base em premissas que foram revistas e excetuadas ao longo do tempo, conforme demonstrado no Capítulo II.

Nesse capítulo foram extraídos conceitos sobre quatro expressões chave: valor social do trabalho, livre iniciativa, atividade-meio e atividade-fim. Essas expressões resumem a proibição da terceirização. Por exemplo: não se pode terceirizar atividade-fim considerando o valor social do trabalho.

Também, pode-se terceirizar atividade-meio considerando o fundamento da livre iniciativa. Ou, ainda, argumentações possíveis: pode-se terceirizar atividade-fim considerando a livre iniciativa e não se pode terceirizar atividade meio considerando o valor social do trabalho.

Pela análise MAD, obteve-se uma análise quantidade de quantas vezes foram utilizadas as expressões chave. Chama a atenção o fato de que poucas vezes houve menção ao fundamento da livre iniciativa em comparação com o fundamento do valor social do trabalho.

Também o fato de que pelo menos um dos precedentes em que houve menção indireta à livre iniciativa (RR 226-34.1989 – DJ 08.09.1989) a decisão foi totalmente contrária ao movimento da proibição da terceirização, justamente no ano imediatamente posterior ao ano que entrou em vigor a CF 1988. A decisão foi no sentido de que se não há impedimento legal, revela-se ilegal a restrição à prestação de serviços pela empresa.

A análise quantitativa demonstrou que o próprio TST considerou ilegal a “qualificação de empregadores” se não houver fraude a legislação trabalhista com base na livre iniciativa, mas este princípio foi poucas vezes mencionado, o que aponta para uma ausência de enfrentamento de um possível conflito entre fundamentos constitucionais: livre iniciativa e valor social do trabalho.

Nessa análise houve identificação do que o TST considera como atividade-meio e atividade-fim, com mudança de entendimentos quanto a atividades essenciais e atividades-fim, por exemplo.

As premissas estabelecidas no primeiro precedente indicado na Súmula o Acórdão AC. TP – 2208/86 no processo nº TST – IUJ – RR – 3442/84 foram o ponto de partida para ramificações de entendimentos e, diante disso, optou-se pela análise desse precedente.

Foram 13 premissas (garantias) identificadas e todas exploradas com base no esquema lógico proposto por Stephen Toulmin que apresenta como principais aspectos o respaldo, a garantia, razões, questões de qualificação, refutação e conclusão, conforme demonstrado no Capítulo III.

Na análise do Capítulo IV, percebeu-se que muitas premissas estabelecidas possuem caráter moral e poucas apresentaram respaldo ou apoio legal como, por exemplo, a premissa de número 3: é vedada a exploração do homem pelo homem.

Essa premissa, por exemplo, é uma premissa impactante, que chama atenção pelo caráter exploratório envolvido. O Tribunal considerou, naquele momento, que a terceirização equivale a exploração do homem pelo homem. Mas, com o tempo e evolução jurisprudencial, admitiu-se a “exploração do homem pelo homem” na atividade-meio, situação vedada na decisão de 1984. Foi estabelecida uma exceção à regra moral e principiológica inicial sem se descaracterizar esse argumento de alguma forma.

Esse tipo de exceção nos leva a crer que não há uma exploração absoluta e que a própria exploração, se houver, pode ser limitada, pois, do contrário, o Tribunal não teria excetuado.

Desse modo, atividade-meio passou a não ser mais exploração do homem pelo homem porque, do contrário, deveria ser proibida. Mas se continua sendo exploração do homem pelo homem significa que algum tipo de exploração deve ser permitida.

Identificou-se, ainda, que os motivos que levaram o Tribunal a permitir a terceirização de atividade-meio já existiam quando da proibição estabelecida na decisão de 1984.

Nas outras decisões dadas após esse precedente, o Tribunal passou apenas a “aceitar” argumentos já existentes quando da proibição total, sem, contudo, ter havido mudança das premissas iniciais, o que corrobora com a conclusão do

capítulo II, de que não houve um debate envolvendo os conflitos fundamentais da livre iniciativa e valor social do trabalho para superação das premissas iniciais ou sua manutenção.

As premissas estabelecidas no primeiro precedente ainda justificam a proibição da terceirização, mas essas premissas foram estabelecidas em um momento de proibição total. Com o tempo surgiram exceções, estas não justificadas pela superação das premissas iniciais, principalmente morais, mas por questões já existentes e superadas pelas garantias iniciais, ou seja, o Tribunal admitiu exceções mesmo que as premissas iniciais ainda sejam admitidas e consideradas verdadeiras.

A análise quantitativa extraída da MAD, realizada no capítulo II, complementou a análise do capítulo IV e possibilitou a identificação de ausência de razões que possibilitem o enquadramento das situações fáticas no princípio da livre iniciativa e excesso de razões para que se considere o princípio do valor social do trabalho sob o aspecto da proibição da exploração do homem pelo homem, tratar o trabalho como mercadoria, consequências antissociais, dentre outras, ainda que o próprio Tribunal tenha admitido exceções sem ao menos superar entendimentos anteriores, mas ainda utilizando-os como argumento para proibição.

Em suma, as “boas razões” do Tribunal não servem para justificar a proibição e nem ao menos serviram para justificar as exceções estabelecidas, mas servem para indicar uma necessidade de reavaliação das premissas que serviram de “ponto de partida” para proibição da terceirização, a fim de se obter coerência e lógica decisória, diante da força normativa da Súmula e responsabilidade inerente à atividade jurisdicional estatal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica: teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**. Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva. 3 Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

ALEXY, Robert... [et al.]. **Dignidade humana, direitos sociais e não-positivismo inclusivo**. 1ª Ed. Florianópolis: Qualis, 2015.

ARIZA, Rafael Porlan; HARRES, João Batista Siqueira. **A epistemologia evolucionista de Stephen Toulmin e o ensino de ciências**. Caderno Brasileiro de Ensino de Física, Florianópolis, p. 70-83, jan. 2002. ISSN 2175-7941. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/fisica/article/view/10055>>. Acesso em: 30 nov. 2016.

ATIENZA, Manoel. **As razões do direito: teorias da argumentação jurídica**. São Paulo: Landy, 2003.

ATIENZA, Manuel y JIMENEZ, Manuel. “**Entrevista a Stephen E.Toulmin**”. Doxa. num.13. 1993.

BDC. **Advantages and disadvantages to outsourcing your production**. Disponível em: <<https://www.bdc.ca/en/articles-tools/operations/operational-efficiency/pages/outsourcing-pros-cons.aspx>>. Acesso em 27.11.16 às 14:19.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Comissão de Desenvolvimento Econômico, Indústria e Comércio. **Projeto de Lei 4.330 de 2004**. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=288453&filename=Tramitacao-PRL+1+CDEICS+%3D%3E+PL+4330/2004>. Acesso em 19/12/2016.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei 4.330/2004**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=267841>>. Acesso em 19.12.2016.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei 4.330/2004**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=569912>>. Acesso em 19.12.2016.

BRASIL. **Consolidação das leis do trabalho. Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943**. Aprova a consolidação das leis do trabalho. 104.ed. São Paulo: Atlas, 2000. Coletânea de Legislação.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego. **Terceirização, trabalho temporário, orientação ao tomador de serviço**. Disponível em: <<http://www.saudeetrabalho.com.br/download/manual-sobre-terceirizacao.pdf>>. Acesso em 19/12/2016.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei da Câmara nº 30 de 2015**. Disponível em <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/120928>>. Acesso em 19/12/2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 324**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4620584>>. Acesso em 19/12/2016.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho (6ª. turma). **Recurso de Revista RR-92900-41.2006.5.02.0024**, Data de Julgamento: 26/10/2011, Relator Ministro Mauricio Godinho Delgado, 6.ª Turma, Data de Publicação: DEJT 4/11/2011.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Agência de notícias. **Presidente do TST abre audiência pública sobre terceirização no Senado**. Disponível em <http://www.tst.jus.br/noticias/-/asset_publisher/89Dk/content/presidente-do-tst-abre-audiencia-publica-sobre-terceirizacao-no-senado>. Acesso em 20/12/2016.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula nº 331. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE** (nova redação do item IV e inseridos os itens V e VI à redação) - Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011. Acesso em <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.html#SUM-331>.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Turma mantém autuação de fiscal do trabalho em caso de terceirização ilícita**. Disponível em <http://www.tst.jus.br/noticias/-/asset_publisher/89Dk/content/id/1008382>. Acesso em 19/12/2016.

CANOTILHO, J.J. Gomes... [et al.]. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

CNI. Confederação Nacional da Indústria. **Por que terceirizar?**. Disponível em <<http://www.portaldaindustria.com.br/cni/iniciativas/programas/terceirizacao/2013/06/1,17156/o-que-e.html>>. Acesso em 20/12/2016.

COASE, Ronald H. **The Problem of social cost. The firm, the markt and the law.** Chicago, Londres: University of Chicago Press, 1990.

CUT. Central Única dos Trabalhadores. **Terceirização e desenvolvimento – uma conta que não fecha.** Disponível em: <<https://www.cut.org.br/system/uploads/ck/files/Dossie-Terceirizacao-e-Desenvolvimento.pdf>>. Acesso em 19/12/2016.

DELGADO, Gabriela Neves. AMORIM, Helder Santos. **Os limites constitucionais da terceirização.** 2ª Ed. São Paulo: LTr, 2015.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho.** 14ª Ed. São Paulo: LTr, 2015.

DELGADO, Maurício Godinho. **Tratado Jurisprudencial de Direito Constitucional do Trabalho.** 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013 – Vol. I.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito.** Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FRASER, Nancy. **Nancy Fraser: Social Justice in the Knowledge Society: Redistribution, Recognition, and Participation.** Disponível em <http://wissensgesellschaft.org/themen/orientierung/socialjustice.pdf>. Acesso em 11 de janeiro de 2017.

FRAZÃO, Ana. **A decisão do Reino Unido sobre os motoristas da Uber: o que ela ensina?**, 2016. Disponível em: < <http://jota.info/decisao-reino-unido-sobre-os-motoristas-da-uber-o-que-temos-aprender-com-ela>>. Acesso em 28 de novembro 2016.

FREITAS FILHO, Roberto e LIMA, Thalita Moraes. **Metodologia de Análise de Decisões – MAD,** 2010. Disponível em: <<http://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/index.php/jus/article/viewFile/1206/1149>>. Acesso em 01 de maio 2016.

FREITAS FILHO, Roberto. **Decisões jurídicas e teoria linguística,** 2008. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/160456/Decisoes_juridicas_teor%C3%ADa_linguistica.pdf?sequence=3>. Acesso em 27 de outubro 2016.

FREITAS FILHO, Roberto. **Estudos Jurídicos Críticos (CLS) e coerência das decisões.** Disponível em <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/140237/Ril175%20%20Roberto%20F%20Fillho.pdf>. Acesso em 12 de outubro 2016.

GROARKE, Leo, "**Informal Logic**", The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Fall 2016 Edition), Edward N. Zalta (ed.), forthcoming URL = <http://plato.stanford.edu/archives/fall2016/entries/logic-informal/>.

GUINTER, Klaus. **Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação**. Tradução Claudio Molz. São Paulo: Landy Editora, 2004.

HAYEK, Friedrich A. **Direito, Legislação e Liberdade**. São Paulo: Visão, 1985.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Porto alegre, Ed. Sergio Antonio Fabris 1991.

KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar: duas formas de pensar**. Trad. Cassio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.

MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. Tradução Waldea Barcellos. 2ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

MACKAAY, Ejan e ROUSSEAU, Stéphane. **Análise Econômica do Direito**. Tradução de Rachel Sztajn. 2ª Edição, São Paulo: Atlas, 2015.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito processual do trabalho: doutrina e prática forense**. 23ª Ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**. 4ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**. 4ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

PARGLENDER, Mariana. SALAMA, Bruno Meyerhof. **Direito e consequência no Brasil: em busca de um discurso sobre o método**. Disponível em <http://bibliotecadigital.fgv.br>. Acesso em 30/08/2015.

PASTORE, José. **Terceirização: necessidade para a economia, desafio para o direito**. São Paulo: LTr, 2015.

POPPER, Karl. **O mito do contexto**. Lisboa, Portugal: Edições 70, 1996.

ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. Bauru, SP: EDIPRO, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang... [et al.]. **Diálogos entre o direito do trabalho e o direito constitucional: estudos em homenagem a Rosa Maria Weber**. São Paulo, Saraiva, 2014, Série IDP.

SEEB. Sindicato dos Bancários de Brasília. **Audiência pública no Senado condena terceirização nas atividades fim.** Disponível em <<http://www.bancariosdf.com.br/site/index.php/outros-assuntos-2015/audiencia-publica-no-senado-condena-terceirizacao-nas-atividades-fim>>. Acesso em 20/12/2016.

SIMON, Henrique Smidt. **Direito, filosofia da linguagem e interpretação: o problema do decisionismo em Kelsen e Hart.** Belo Horizonte, MG: Argvmentvm, 2006.

SUSSEKIND, Arnaldo. **Direito Constitucional do trabalho.** 4ª Edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

TAVARES, André Ramos. **Direito Constitucional Econômico.** 3ª ed. São Paulo: Método, 2011.

TOULMIN, Stephen E. **Os usos do argumento.** Trad. Reinaldo Guarany. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

TOULMIN, Stephen E. **The philosophy of Science: an introduction.** London: Hutchinson, 1969.

TOULMIN, Stephen E., RIEKE, Richard e JANIK, Allan. **An introduction to reasoning.** Nova York, MacMillan, 1ª Edição, 1984.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil – Contratos em espécie – 4ª Ed. – São Paulo: Atlas, 2004. – (Coleção direito civil - v.4).**

WALL, Cornelis de. **Sobre Pragmatismo.** Trad. Cassiano Terra Rodrigues. São Paulo: Edições Loyola, 2007.

Jornal Folha de São Paulo. **Governo Temer quer acelerar terceirização de legislação trabalhista.** Disponível em <<http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2016/06/1782556-governo-temer-quer-acelerar-terceirizacao-de-legislacao-trabalhista.shtml>>. Acesso em 15 de janeiro de 2017.